

LA COMUNIDAD HEREDITARIA Y LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA EN EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL

SUMARIO. — INTRODUCCIÓN (n. 1-3).—I. LA COMUNIDAD HEREDITARIA: Diversidad de formas de comunidad (4-7). La responsabilidad de la comunidad (8-12). La colación de bienes (13-16).—II. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA (17). La partición de bienes entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto (18-23). Clases de partición (24). El régimen de los bienes indivisibles (25). Las operaciones de la partición (26). La eficacia de la partición (27-29).

1. El objeto del presente trabajo es exponer la situación de comunidad hereditaria y la partición de bienes, según las fuentes del derecho medieval español. No se ha utilizado un concepto previo de comunidad hereditaria. Sobre el casuismo de las fuentes se han tratado de inducir los diferentes tipos de comunidad hereditaria contemplados en nuestro derecho medieval. El análisis de las relaciones entre coherederos y las facultades de que gozan con respecto a los bienes indivisos nos ha servido para caracterizar aquellas formas de comunidad. De otro lado, la partición de la herencia es el medio normal de disolver la comunidad hereditaria y su estudio ha sido enfocado desde este punto de vista.

2. No conocemos la existencia de obra alguna que de una manera directa y completa se refiera a la materia que nos ocupa. En las obras de DAHN y MELICHER, por lo que respecta al derecho visigodo, la situación de comunidad hereditaria no se ha estudiado con independencia: aluden ella al estudiar algunos aspectos del derecho sucesorio¹. HINOJOSA, en sus artículos sobre la fraternidad

1. F. DAHN: *Wesgothische Studien* (Friburgo, 1874); MELICHER: *Der Kampf zwischen Gesetzes und Gewohnheitsrechts im wesgothen Reiche* (Weimar, 1930).

artificial y la comunidad doméstica, aporta algunos datos interesantes en relación con la comunidad hereditaria². De una manera semejante, GARCÍA DE VALDEAVELLANO, en su reciente estudio sobre la comunidad patrimonial, toca algunos aspectos de la institución³. ROMÁN RIAZA dedica en su *Manual* breves líneas a la partición de bienes, basándose exclusivamente en Fuero Real y en Partidas⁴. MARTÍNEZ MARINA y MINGUIJÓN, así como los antiguos historiadores de nuestro derecho (SEMPERE, VISO, ANTEQUERA, CHIAPADO, MORET y REMISA, etc.), no se plantean el problema⁵. El examen de las obras de derecho histórico extranjero nos ha sido de utilidad, más que para señalar similitudes o analogías entre nuestro derecho y los restantes del Occidente europeo, para ver cómo se ha resuelto en estos derechos el problema que en estos momentos nos interesa⁶. Finalmente, en la bibliografía moderna española sobre la comunidad hereditaria no existen referencias a la época medieval: tampoco en la relativa a partición, si se exceptúa el artículo de COVIÁN⁷.

2. HINOJOSA: *La fraternidad artificial en España*, en *Obras*, I, Madrid, 1948; *La comunidad doméstica en España durante la Edad Media*, en *La Lectura*, 5, p. 241 s.

3. L. G. DE VALDEAVELLANO: *La comunidad patrimonial de la familia en el Derecho Español Medieval*, en *Acta Salmanticensia* (Salamanca, 1956).

4. ROMÁN RIAZA Y GARCÍA GALLO: *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1934), número 634.

5. MARTÍNEZ MARINA: *Ensayo histórico-crítico* (Madrid, 1845); MINGUIJÓN: *Historia del Derecho Español VII* (Zaragoza, 1929); etc.

6. BRUNNER: *Deutsche Rechtsgeschichte*, I (Leipzig, 1906)²; HUBNER: *Grundzüge des deutschen Privatrechts* (Leipzig, 1930)³; PLANITZ: *Principios de Derecho privado germánico*, trad. Melón Infantes (Barcelona, 1949); SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III y IV (1907 y 1909); PERTILE: *Storia del diritto italiano della caduta dell'Impero alla Codificazione*, III y IV (Turín, 1893 y 1894); LEICHT: *Storia del Diritto italiano*, II (Milán, 1943); VIOLLET: *Histoire du Droit Civil Français* (París, 1893)²; CHENON: *Histoire Générale du Droit Français public et privé des origines a 1815*, I y II (París, 1926 y 1929).

7. Sirvan de ejemplo, entre otras, las siguientes: G. GRANERO, *Cotitularidad y Comunidad (Gesamnte Hand o comunidad en mano común)*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, II, 214 p. 145 s., 215 p. 227 s., 217 p. 378 s., 219-220 p. 508 s. y 221 p. 613 s.; G. G. VALDECASAS, *La comunidad hereditaria*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 23 (1952) p. 395 s.; FERRANDIS VILELLA, *La comunidad hereditaria* (Bar-

3. Dado este estado de la investigación ha sido necesario dirigirse a las fuentes de conocimiento del derecho medieval, extraer de ellas los datos e intentar su sistematización, pero tratando de reconstruir la evolución de la institución que estudiamos⁸.

celona, 1954); MARÍN LÁZARO, *La partición de la herencia hecha por acto "inter vivos"*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 176 (1944) p. 215 s.; COVIÁN, *Partición de herencia*, en *Enciclopedia Jurídica Seix*, 24 p. 359 s., con referencias al F. Juzgo, F. Real, Partidas, O. Alcalá y Recopilaciones.

8. Ediciones de fuentes utilizadas. Derecho visigodo: *Lex Visigothorum, Fragmenta Gaudensiana, Formulae* (ed. ZEUMER, en *M. G. H.*, I, Hannover, 1902). Derecho castellano-leonés: *C. F. Alfaiates, Castello-Bom, Castel-Rodrigo y Castello-Melhor* (ed. en *P. M. H.* I.^o, II); *F. Béjar* (ed. MARTÍN ALONSO, Madrid, 1925); *F. Brihuega* (ed. LUÑO PEÑA, Zaragoza, 1927); *F. Coria* (ed. MALDONADO y SÁEZ, Madrid, 1949); *F. Cuenca* (ed. UREÑA, Madrid, 1935); *F. Fuentes de la Alcarria* (ed. VÁZQUEZ DE PARGA, en *A. H. D. E.* 18, 1947, p. 248 s.); *F. de San Miguel de Escalada* (ed. HINOJOSA, en *Documentos para la Historia de las Instituciones de León y Castilla*, Madrid, 1919, p. 80); *F. Plasencia* (ed. BENAVIDES CHECA, Roma, 1896); *F. Real* (ed. *Códigos de La Publicidad*, I, Madrid, 1847, p. 349 s.); *Fs. de Santiago y de su tierra* (ed. LÓPEZ FERREIRO, en *Historia de Santiago*, I y II, Santiago, 1895); *F. Sepúlveda* (ed. ALVAR, GIBERT y SÁEZ, Segovia, 1953); *Fs. de Soria y Alcalá de Henares* (ed. G. SÁNCHEZ, Madrid, 1919); *F. de San Tirso y Castrilino* (ed. HINOJOSA, en *Docs. para la Historia de las Instituciones* cit. p. 105); *F. Uclés* (ed. F. FITA, en *B. R. A. H.*, 14, 1889, p. 302 s.); *F. Usagre con las variantes del de Cáceres* (ed. UREÑA y BONILLA, Madrid, 1907); *F. Viejo de Castilla* (ed. *Códigos de La Publicidad*, I, cit. p. 243 s.); *Fs. de Zamora, Salamanca, Ledesma y Alba de Tormes* (ed. CASTRO y ONÍS, Madrid, 1916); *F. Zorita de los Canes* (ed. UREÑA, Madrid, 1911); *Leyes del Estilo* (ed. *Códigos de La Publicidad*, I, cit. p. 305 s.); *Leyes de Toro* (ed. *Códigos de La Publicidad*, VI, cit. p. 549 s.); *Libro de los Fueros de Castilla* (ed. G. SÁNCHEZ, Barcelona, 1924); *Ordenamiento de Alcalá* (ed. *Códigos de La Publicidad*, I, cit. p. 443 s.); *Partidas* (ed. *Códigos de La Publicidad*, II-V, cit.); *Becerro Gótico de Cardeña, Cartulario del Infantado de Covarrubias y Colección de San Salvador de el Moral* (ed. L. SERRANO, en *Fuentes para la Historia de Castilla*, Valladolid, 1906, 1907 y 1910); *Cartulario del Monasterio de Eslonza* (ed. V. VIGNAU, Madrid, 1885); *Cartulario del Monasterio de Vega, con documentos de San Pelayo y Vega de Oviedo* (ed. L. SERRANO, Madrid, 1927); *Cartulario de Santo Toribio de Liebana* (ed. SÁNCHEZ BELDA, Madrid, 1948); *Cartulario de San Pedro de Arlanza* (ed. L. SERRANO, Madrid, 1925); *Colección diplomática del Ayuntamiento de Oviedo* (ed. C. MIGUEL VIGIL, Oviedo, 1869); *Colección diplomática de San Salvador de Oña* (ed. J. del ALAMO, Madrid, 1950); *Docu-*

I. LA COMUNIDAD HEREDITARIA.

4. El estado de comunidad es posible tanto en la herencia testada como en la intestada. Cuando el causante ha inuerto *ab intestato*, la situación de comunidad entre herederos es normal. En la herencia testada, en cambio, el estado de indivisión tiene lugar

mentos gallegos de los siglos XIII-XVI (ed. MARTÍNEZ SALAZAR, La Coruña, 1911); *Indice de los documentos del Monasterio de Sahagún* (ed. V. VIGNAU, Madrid, 1874); *Formulario Notarial castellano del siglo XV* (ed. L. CUESTA, Madrid, 1948); *Formularium Instrumentorum* (ed. G. SÁNCHEZ en *A.H.D.E.* 2, 1925, p. 470 s.; 3, 1926, p. 476 s.; 4, 1927, p. 380 s.); *Libro de la Regla* (ed. E. JOSUÉ, Madrid, 1912). Derecho vascongado: *Fs. de Vizcaya* (ed. Bilbao, s. a.); *Fs. de las M. N. y L. Encartaciones* (ed. QUADRA SALCEDO, Bilbao, 1916); *F. Ayala* (ed. URIARTE LEBARIO, Madrid, 1912). Derecho navarro: *F. Estella 1164 y siglo XIII* (ed. LACARRA, en *A.H.D.E.* 4, 1927, p. 404 s.); *F. General* (ed. ILARREGUI, Pamplona, 1869); *Fs. de la Novenera* (ed. G. TILANDER, Uppsala, 1951); *F. Viguera y Val de Funes* (ed. HERGUETA, en *B.R.A.H.* 37, 1900, p. 368 s.); *Cartulario de Santa María la Real de Fitéro* (ed. ARIGITA y LARA, Pamplona, 1900). Derecho aragonés: *Compilación privada de Derecho aragonés* (ed. RAMOS LOSCERTALES, en *A.H.D.E.* 1, 1924, p. 400 s.); *Compilación aragonesa de 1247* (ed. latina de SAVALL y PENEN, Zaragoza, 1886 = FRA., ed. romance de TILANDER, Lund, 1937); *F. Daroca* (ed. MUÑOZ y ROMERO, en *Colección de Fueros Municipales y Cartas pueblas*, 1, Madrid, 1847, p. 534 s.); *F. Jaca* (ed. RAMOS LOSCERTALES, Barcelona, 1927); *F. Molina* (ed. SANCHO IZQUIERDO, Madrid, 1919); *F. Teruel* (ed. M. GOROCH, Stockholm, 1950); *Observancias del Reino de Aragón* (ed. SAVALL y PENEN, cit. = ORA); *Recopilación de los Fs. de Aragón I y II* (ed. RAMOS LOSCERTALES, en *A.H.D.E.*, 2, 1925, p. 491 s.); *Documentos navarro-aragoneses* (ed. LACARRA, en *A.H.D.E.*, 18, 1947, p. 341 s.); *Documentos para el estudio de la reconquista y repoblación del valle del Ebro* (ed. LACARRA, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, II y V, Zaragoza, 1946 y 1952, p. 469 s. y 511 s.); *Libro Becerro del Monasterio de Valbanera* (ed. LUCAS ALVAREZ, en *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, IV, Zaragoza, 1951, p. 451 s.). Derecho catalán: *Código de las Costumbres de Tortosa* (ed. B. OLIVER, Madrid, 1876); *Costumbres de Lérida* (ed. RAMOS LOSCERTALES, Barcelona, 1946); *Consuetudines de Gerona* (ed. ROVIRA, en *A.H.D.E.* 5, 1928, p. 450 s.); *Recognoverunt proceres* (ed. G. SÁNCHEZ, Barcelona, 1927); *Constitutions y altres drets de Catalunya* (Barcelona, 1909); *Cartulario de Poblet* (ed. Barcelona, 1938); *Cartulario de San Cugat del Vallés* (ed. J. RÍUS, Barcelona, 1945-47); *Colección diplomática del Condado de Besalú* (ed. MONSALVATGE y FOSSÁS, Olot, 1889-1915).

siempre que el testador no haya hecho atribuciones concretas en favor de los herederos.

Generalmente, cuando se plantea el problema de la comunidad, sea cual sea el origen, hereditario o no, de los bienes indivisos, se trata de encajar esa situación en uno de los dos tipos de comunidad que ha distinguido la dogmática moderna como opuestos entre sí: la copropiedad romana y *gesamnte Hand* germánica o propiedad en mano común. La atribución de una cuota a cada partícipe caracteriza la primera, mientras que la ausencia de la idea de cuota se señala como algo privativo de la comunidad germánica⁹. Pero existe una diferencia de interés entre uno y otro tipo de comunidad que conviene tener en cuenta: mientras que la comunidad germánica se presenta como un tipo estático, la romana es el resultado de una evolución. El derecho romano antiguo conoció también una figura de comunidad familiar, el *consortium* o *societas erecto non cito*, que tenía lugar, según atestiguan los fragmentos de GAYO, entre los *filiifamilias* a la muerte del *paterfamilias*¹⁰. En principio parece que no existen diferencias entre el *consortium* romano y la *gesamnte Hand* germánica, como formas de comunidad típicas de un derecho poco desarrollado y en el que la idea de propiedad colectiva impera sobre la propiedad individual. Sin embargo, en el *consortium* romano cada comunero se considera como propietario del todo y puede, por tanto, enajenar toda la cosa o manumitir el esclavo con plenos efectos jurídicos¹¹; de forma opuesta, la comunidad germánica exige la actuación conjunta de todos los coherederos. Pero la diferencia no es, a nuestro entender, esencial, puesto que en esa época de existencia del *consortium* era posible a cada comunero impedir a los demás aquellos actos que pudieran resultar perjudiciales para la comunidad, de tal manera que, en realidad, puede hablarse de la existencia del consentimiento de todos los partícipes en esos actos indivi-

9. Cfr. WIEACKER, *Societas, Hansgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* (Weimar, 1936).

10. LEVY, *Neue Bruchstücke aus den Institutionem Gaius*, en *Z. S. S.* 54 (1934) p. 279 s.

11. GAYO 3, 154; ULPIANO (D. 13, 6, 5, 15) califica el comunero como *totius corpore dominus*.

duales¹²; el *ius prohibendi* es el medio a través del cual todo comunero puede oponerse a la iniciativa de los otros¹³.

5. El ordenamiento jurídico visigodo no regula de una manera directa la situación de comunidad entre herederos que no han dividido la herencia. Alusiones a la posibilidad de que los bienes estuviesen indivisos entre los hermanos existen en el *Liber Iudiciorum*; sirva de ejemplo la ley 3, 1, 8, que se refiere a ese supuesto. La comunidad de tierras entre consortes es el caso contemplado por el legislador visigodo sin referencia alguna a un posible origen hereditario o sucesorio de esa comunidad. El problema se plantea sobre si las normas dadas para ese supuesto son aplicables al caso de la comunidad hereditaria. No creemos que la cuestión pueda ser resuelta afirmativamente: los textos toman en consideración una situación distinta en un supuesto social y económico diferente, que no autoriza su extensión a la comunidad hereditaria¹⁴.

A pesar de ello, la ley 10, 1, 4, de Recesvinto, merece nuestra consideración. En ella se dispone que no es necesaria en el proceso la actuación conjunta de los consortes. El interés de la ley radica en que deroga un derecho anterior, más antiguo, que exigía que los comuneros actuasen conjuntamente en los litigios sobre las cosas comunes. Ese derecho antiguo al que hace referencia la ley da una solución semejante a la que podríamos encontrar en el *consortium* romano o en la *gesamnte Hand* germánica. Pero la evolución que con respecto a la comunidad señalamos en el derecho romano también es posible apreciarla en el derecho visigodo: Recesvinto reconoce a cada comunero el derecho a defender individualmente la parte que en la comunidad le corresponde¹⁵.

12. GAUDEMET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en Droit Romain* (París, 1934) p. 21.

13. B. BIONDI, *Instituzioni di diritto romano* (Milán, 1952)², p. 257-259; BONFANTE, *Il ius prohibendi nel condominio*, en *Scritti*, 3 p. 382 s.

14. DAIN, *Westgothische Studien* cit. p. 140, y G. de VALDEAVELLANO, *La comunidad patrimonial* cit. p. 23 y 24 hacen extensivas las leyes referentes a consortes de tierras al supuesto de comunidad hereditaria; SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*, I, cit. p. 72-84, no considera coherederos a los consortes.

15. *Lex Visigothorum* 10, 1, 4. *Recc. Brv.* "Cum prisce legis autoritate

6. La comunidad hereditaria no ha recibido un tratamiento unitario en el derecho medieval. Podemos distinguir varios tipos:

a) En primer lugar, una más que comunidad, propiedad común o familiar. Es la familia misma la propietaria de los bienes. Son los parientes quienes constituyen la comunidad a la muerte del tenedor de los bienes. Este tipo de comunidad es característico de un derecho anterior a la influencia romanista de la recepción.

La herencia es poseída en común por todos los coherederos sin señalamientos de partes. Esta idea de que los bienes hereditarios indivisos pertenecen a todos los coherederos sin que éstos conozcan su parte lleva consigo varias consecuencias interesantes para delimitar esta forma de comunidad hereditaria. De un lado, el supuesto está previsto en los Fueros de Castilla y de Galicia, se dispone que mientras subsista el estado de indivisión sólo se debe pagar un impuesto; en cambio, la disolución de la comunidad implica que cada coheredero contribuya individualmente¹⁶.

firmit constitutum, ut his, qui ad dicendam causam compellitur, non nisi presente eo, qui rei litigiose consors est, audiatur, satis ex hoc petitorum negotia superflue conspeximus dilatari, cum ad dicendam causam pro sua unusquisque persona sufficiat. Igitur ne callida oppositione causantis, dum excusatio pretenditur pro consorte, tricennalis obviet annositas petitori, providentissima deliberatione sancimus, ut, remota excusatione, consortium tam pro eorum quam pro sua persona qui iudicialiter pro omnibus rebus fuerit adpellatus respondeat. Nec ullum preiudicium consortis absentia, si coheres eius iustissime, seu etiam per conventum aut per ignavia fuerit superatus, incurrat; sed si reparare negotium legaliter intenderit, permittatur. Abrogata denique suprafate legis tam inconvenientis sententia, hoc salubre decretum per universos regni nostri populos omni decernimus reverentia valiturum. Hac similis etiam hordo servabitur, si unus forsitam ex consortibus quemquam crediderit lite pulsandum."

16. *Fuero de San Miguel de Escalada* (1173), 8: "Si duo vel tres fratres in unum habitaverint unum forum faciat. Si vero per eminentiam aut colodram aliquis eorum cum aliis diveserit, statim singuli forum faciant"; *Fuero de San Tirso y Castrillino* (1208), 12: "Si mortus patres multi filii remanserint, quodquot in corrale patris fuerint unum forum faciant"; *Fueros de Santiago* (1291): "Otrossi tenemos por ben que quando aquacere morte dalguno home o muger, que fasta que partan los fijos con el padre o con la madre, que non den mas que huma moneda; et quando partiçon fezeren que nos dem nosso derecho" (López Ferreiro, I, 377); *Libro de los fueros de Castilla* 126. Título del omne o de la muger et dexan fijos e fijas pequennos e moran todos los fijos e las fijas en uno. "Esto es por fuero: si omne o muger an

La actuación conjunta de todos los coherederos se adecuaba mejor al tipo de comunidad de que hablamos. Los documentos de aplicación del derecho de los siglos X al XII, principalmente, pertenecientes a los diversos territorios de la Reconquista, confirman esta forma de actuar de la comunidad. En ellos se ve claramente cómo, durante el estado de indivisión, cualquier negocio que afecte a la comunidad debe ser realizado con el consentimiento de todas las personas que la componen. En multitud de documentos aparecen como sujetos, nominalmente designados, todos los coherederos. Donaciones, ventas, restituciones de bienes, etc., son otorgadas por la comunidad de herederos¹⁷. No cabe dudar de que

fijos e fijas e muere el padre et la madre, et fincan los fijos et las fijas todos en uno, deuen pechar un pecho. Et si fija ó fijo casa e lieua de casa mueble ó heredat, deue cada uno dellos dar su pecho, auyendo cada uno de ellos vallia de dies marauedis, en pecho de moneda o de marcadga. Et sy non ouyere cada uno dellos vallia de dies marauedis, non deue pechar nadi."

17. *Documentos Gallegos*, 29 (a. 1275): "... nos Migell Martiz et Johan Martiz e Tome Martiz de Mooma y fillos que ssomos de Martín Iohanes... damos et offereçemos por sempre a sancta María de Monffero... quantas erdades nos auemos por nossas cabeças et deuemos por auer por uoz desse nosso padre sobre dicto. et de nossos auoos..."; *Colección diplomática de San Salvador de Oña*, 6 (a. 993): "... Ego Obieco, et ego Odde-senda, et ego Fredenando, plaucit nobis, espontanias nostras boluntates una pariter bendibimus a tibe, Didaco et ad uxor tua Prollina, nostra ereditatem quas abuimus de nostros parentes..."; *Cartulario de Santo Toribio de Liébana*, 30 (a. 922): "... manifesti sumus nos germani Hopila, Egila, Scari-tus et Sarcinus, conuocimus nos sin ueritate quia fuit ipsa terra de nostro Egilani presbitero et concessit illam ad Sancto Saluatori pro quod nos iste Seila rex et qui est in Loagio ad illa cortina et preserunt nostri parentes ipsa terra de iure ecclesie per presuntum. Et cognoscentes nos in ueritate tornamus illam post iure ecclesie..."; *Cartulario de Santa María la Real de Fitero*, 25 (s. í.); "... Ego mengo garcia, et soror mea maria garcia. cum omnibus fratribus nostris. Iohan garsia et urreca. et pedro. uendimus totam nostram hereditatem..."; 256 (a. 1210): "... hec est carta de comparacione quam compauerunt los monges de fitero una heredat de todos los filios de garcia de menomenoz per on sacaron la agoa al molino per. III. morbos et metieron a frater domingo del grono en la heredat mengo garcia et pedro garcia por todos los hermanos en uoz del abat de fitero et del conouent..."; *Documentos para la Reconquista del Valle del Ebro*, 88 (a. 1135): "... Ego quiden Petro Michaelē et Garcia Michaelē facimus hanc cartam uendicionis, uobis Eneco Alinç..."; *Colección diplomática del Condado de Besalú*, 2.021 (a. 898): "... Ego Caudigosa et Sen-

esos documentos se refieren a actuaciones de la comunidad hereditaria. Prueba de ello es que, con frecuencia, se precisa el origen hereditario de los bienes de que se dispone. A veces no gozan todos los coherederos de una situación de paridad; los Fueros de Sepúlveda atribuyen la representación de la comunidad al mayor de los hermanos: *el mayor faga vezindat por todos*¹⁸, y en los documentos alguno de los coherederos ocupa un lugar destacado de forma que los restantes aparecen actuando con él¹⁹.

teldes... vindimus vobis terra qui nobis abenit de parentes nostros..."; 2.109 (a. 941): "... Ego Edo et Aldrigo et... vindimus nos tibi terra nostra abemus in... et abenit nos de patrem vel de matrem nostram..."; *Cartulario de San Cugat del Vallés*, 357 (a. 1001): "... Ego Audegarius et Longovardo, uterque fratres, nos simul in unum donatores sumus Deo et s. Cucuphati mulnares nostros simul cum ipsa terra... et advenit nobis per vocem patri nostri qd. Delani..."

18. *Fuero de Sepúlveda*, 237. *De hermanos que non ovieren partido en uno*: "Otrossi, los hermanos que moraren en uno, si partido non ovieren en uno, el mayor faga vezindat por todos."

19. *Índice de los Documentos del Monasterio de Sahagún*, 454 (a. 925). Carta en que Ato juntamente con sus hermanos Argemiro Mahemat, Dominio, Juliano, Pero y Vistia, herederos de su tío Indura, presbítero, hacen donación al Monasterio de Sahagún...; *Cartulario del Infantado de Covarrubias*, 18 (a. 1092): "... Ego Didaco Telliz huna pariter cum iermano meo Gutier Telliz placuit nobis atque convenit..., et sic vendimus tibi... huna terra que abuimus de parentorum nostrorum...; *Becerro Gótico de Cardena*, 4 (a. 963): "Ego Beila presbiter una pariter cum germanis meis Tello, Belasco, Gudmero, Garcea et Munnina, placuit nobi et vendimus tibi Stefani abbati..., agro cum suos repollos, qui fuit de parentibus nostris..."; *Libro de la Regla*, 16 (a. 1117): "Ego Gonçalvo Sanciez una cum meos iermanos Martino Sanciez et Flamma Sanciez, et Yelo Sanciez, Maria et Goina, et filios de Galindo Sanciez Gonçalvo et Sancio et Pelagio et filios de Maior Galindiç, et filios de Maria Sanciez, et filios de Tota dueña... tradimos adque concedimus nos supradictis quarta en nuestro monasterio que abemus de parentorum nostrorum..."; *Cartulario de Santa María la Real de Pitéro*, 45 (s. f.): "... Ego iohannes filius domingo semeno cum omnibus fratribus meis pedro. et pedro de calaforra. et maria. et menga. uobis. Wº. abbati de fiterio. et fratribus ustris tam presentibus quam futuris uendimus toam nosram hereditatem..."; *Cartulario de Santa María la Real de Pitéro*, 66 (s. f.): "... Ego iohannes filius de martin roio. et meos ermanos. uendimus nostram partem..."; *Becerro del Monasterio de Valbanera*, 60 (a. 1072): "... Ego Munnio cum iratres meos, id est Vincenti et Furtune, tale nobis euenit uoluntas uel accesit necessitas ut uinderemus tibi emtori nostro..., agro nostro propio..."; 124 (a. 1080): "... Hec est cartula

La no atribución de partes determina la imposibilidad de que los coherederos puedan disponer libremente de los bienes que puedan corresponderles después de efectuada la partición. En este sentido se orientan el derecho consuetudinario castellano, el derecho navarro y el aragonés. Los Fueros de Castilla, en un supuesto en el que no aparece claro el origen hereditario de los bienes indivisos, establecen un sistema distinto para Burgos y Castilla; en Burgos es posible la venta de los bienes aún antes de la partición; en Castilla, por el contrario, solamente con posterioridad a que ésta haya sido realizada; pero se dispone, como privilegio de los hijosdalgo, que los bienes puedan enajenarse cuando la heredad fuera partida a prueba de venta²⁰. El Fuero Viejo de Castilla al contemplar la situación de comunidad entre parientes, más consecuente con la idea de una propiedad familiar, prohíbe las enajenaciones de los bienes antes de la partición, salvo las que tengan lugar entre hermanos²¹. Los Fueros de Aragón, en la misma línea

donationis quam ego Galindo Enneko et iermanos meos... concedimus tibi abbas Albaro una pieça..."; 182 (a. 1089): "... Ego igitur Gartia Galindoz de Uilla Oria et mea iermana duenna Oria et alia mea hermana Massuara placuit nobis ut uenderemus uno agro nostro proprio..."; *Cartulario de San Cugat del Vallés*, 20 (a. 941): "... Ego Servandus, et sorores meas Exemosa... nos simul vinditores sumus tibi Suniario comite, emptore... vindimus tibi omnes nostrae ereditates de nostras terras... qui nobis avenit per voce parentorum nostrorum..."; 837 (a. 1117): "... Ego Bernardus Raimundi cum fratres mei... et sorores nostras... vendimus vobis alodium nostrum... Advenit nobis istum alaudem per paterna voce..."

20. *Libro de los Fueros de Castilla*, 122. *Título de como puede omne vender heredat maguer non sea partida*. "Esto es por fuero de Burgos: que un omne puede vender a otro su heredat, maguer non sea partida. Et por fuero de Castiella, ninguno heredat non se puede vender sy non es partida. Et ningun villano por fuero de Castiella non puede vender heredat sy non fuere partida. Et el fijo dalgo puede vender su heredat por do quier que sea, solamente que sea partida a proeva de venta..."

21. *Fuero Viejo de Castilla*, 4, 1, 8. "Esto es Fuero de Castiella: Que ninguna credad que credan parientes, ninguno puede vender la sua suerte a ningund pariente, nin a otro omne fasta que la aya partida, sino ermano a ermano; e quando la vendier un ermano a otro, devel luego dar poder a que la pueda partir, ansi como el mesmo partirie con suos ermanos aquella suerte, que vendio en esta guisa. Vale lo que es vendido a ermano, ante que sea partido, mas non le puede vender a otros parientes a menos de ser partido, e si de otra guisa lo vendier la venta non vale por el fuero."

que las Recopilaciones privadas y el derecho local de Jaca, sientan el principio, sin excepciones, que prohíbe a cualquier coheredero disponer de los bienes que posee en común hasta que no se hayan partido²². De igual forma, en Navarra, el Fuero de Viguera y Val de Funes, que exige el consentimiento de todos los coherederos y su actuación conjunta para la validez de las enajenaciones de bienes indivisos; sin embargo, el estado de necesidad y el consentimiento de los restantes coherederos facultan a uno de ellos para disponer de los bienes que han de corresponderle en la partición²³. Es evidente, a nuestro entender, que tales prohibiciones tienen su razón de ser en la idea misma de esta comunidad hereditaria familiar, en la cual los bienes se poseen en común por todos los coherederos; tratar de explicar esta situación a través de la prohibición de vender una herencia futura que aparece en el Breviario de Alarico, no es correcto; la herencia futura hace alusión al supuesto de que todavía la herencia no ha sido aceptada; en los textos medievales la herencia ha sido ya aceptada por todos los coherederos, pero no dividida entre ellos.

El derecho de acrecer es, al igual que en el *consortium* romano, una consecuencia de esta situación de comunidad hereditaria fami-

22. *FRA III, De communi dividundo*, 1.247. "Nullus filiorum si plures sunt unius patris, et matris: potest aliquid de suo avolorio impignorare, vendere, sive dare, vel aliquo alio modo alienare: etiam si alienare velit partem quam in suo est avolorio vel patrimonio accepturus, usquequo determinate et divise cognoscat partem suam, et quod divisio ipsa secundum Forum cum cartis sufficientibus sit firmata..." (S. y P. I, III a); *Tilander*, 168; *Recopilación de Fueros de Aragón (1.ª)*, 45; *Recopilación de Fueros de Aragón (2.ª)*, 124, y *Fuero de Jaca*, 75.

23. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 316. *Ajenar hereditat*. "Otro si si un hermano con otorgamiento de los otros agenar hereditat a algún estraymo é no oviere partido sus cosas, valdrá por fuero, é si lo ficere en semble, también valdrá"; 340. *De hermandat que puede vender luno su part no conociendola*. "Et qui no oviere hereditat partida con sus hermanos bien puede vender su part qui ha de haver por rativacion o por fambre maniffiesta de si o de su padre, o de su madre, o de su fijo, o de su hermano dando fiador al comprador que partan sus hermanos e firmen la su part asi como a su hermano mesmo poniendo por el suert su avuelo, ó tio, ó su cormano en somo grado".

liar²⁴. Muerto un coheredero, la parte de bienes que en la partición le correspondería acrece a la comunidad, como se dispone en los Fueros de Sepúlveda, Alcalá de Henares y Molina²⁵. En el Fuero General de Navarra, como consecuencia del carácter específico de la comunidad familiar navarra que existe entre infanzones, los bienes del hermano muerto acrecen al hermano mayor; los de la hermana, a la mayor de ellas; una excepción a este derecho de los hermanos mayores tiene lugar cuando han partido con los restantes hermanos, siempre que entre éstos subsista la comunidad²⁶. El derecho navarro-aragonés regula un supuesto especial en relación con el derecho de acrecer: la herencia se ha dividido

²⁴. VACCARO DELOGU, *L'accrescimento nel diritto creditario romano* (Milán, 1941).

²⁵. *Fuero de Sepúlveda*, 67. *De los fijos que padre e madre ovieren muerto*: "Todos fijos que padre o madre ovieren muerto, si alguno de los fijos finare, et partido non ovieren en uno, los otros hermanos hereden lo suyo, et paguen debdas et mandas. Et si partido ovieren en uno, el padre o la madre hereden todo lo suyo del que finare, quanto fuere del mueble, et paguen debdas et mandas; et si non, qui lo heredare pague debdas et mandas"; *Fuero de Alcalá de Henares*, 27: "... Orfanos a quien muriere padre o madre e oviere partido con padre o con madre e muriere alguno de illos e non ovieren partido inter illos, los hermanos lo hereden; et si ovieren partido e muriere alguno de illos, el padre o la madre que fore vivo herede el mueble por siempre e la raiz por en sos dias; e despues de sos dias, torne raiz a raiz; e de fiador que no lo venda ni lo malmeta..."; *Fuero de Molina*, II, 2. *De hermanos*: "Ermanos que non ovieren partido he alguno dellos muriere, hereden sus hermanos; e si partido hovieren, herede lo suyo su padre o su madre".

²⁶. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 10. "Marido et muger yfanzones casados ensemble, si fizieren creaturas doblados, fijos o fijas, viviendo eylos si muriere una creatura destas, hermano ni hermana non pueden demandar suert daquest qui es muerto, porque eylos son bivos, et seynores, et poderosos de lures heredades; mas quoando morra el padre o la madre, si quisieren bien podrán partir todas las heredades del padre o de la madre por meynos, et itar suert quoal será la suert del muerto, et quoal del bivo. Ermano ninguno que muera de si adelant, el hermano mayor deve tomar suert por leyll, assi como si fuesse bivo eyll, en las heredades del parient muerto. Otrossi, hermana ninguna que muera, la hermana mayor deve tomar su suert, assi como si viviesen eylla..."; 2, 4, 11. "Todo fidalgo que parte con su hermandat, et los otros hermanos si partido no han á eylos, non deve demandar part por mayorio, por lo que alguno deylos muere, car non puede enseynar la part del muerto".

entre los coherederos, pero de tal forma que las suertes han sido asignadas a grupos de herederos que no han partido entre sí. Muerto uno de ellos, su parte acrece a aquellos herederos que con él formaban esta comunidad particular sobre la suerte que les cupo en la partición. Los restantes coherederos no tienen derecho alguno en esa parte, salvo consentimiento de aquellos a quienes legalmente corresponda, como se establece en la edición romance de los Fueros de Aragón²⁷. Una solución distinta ofrece el derecho navarro cuando esta peculiar forma de partición tiene lugar entre villanos: la mitad de los bienes del muerto acrece en favor de los otros coherederos que con él formaban la comunidad; la otra mitad se divide entre todos los coherederos²⁸.

b) En segundo lugar, es posible ver en los textos medievales de la recepción la existencia de una comunidad hereditaria propia, en sentido actual, en la que los herederos reciben o se dividen el derecho del causante, aunque la herencia misma permanece indivisa. La idea de la atribución de una parte a cada coheredero incluso antes de la partición, aunque no se fije ni se conozca, late en esta forma de comunidad hereditaria.

27. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 12. "Si hermandat de fidalgos parten las heredades de avolorio ó de patrimonio, dos en dos, ó tres en III, ó más de que las heredades sean partidas et firmadas por suert, si después muere alguno de la hermandat, ninguno non de mande mayorio en sus heredades, sacando aqueylos que prisieron suert con eyll, por fuero"; *Fueros de la Novenera*, 243. *De dos hermanos que lis caye suert en semble*. "Hermanos que parten hereditat en semble et si dos hermanos han una suert que non conoscan el uno amenos del otro, et si el uno passa del siglo, el otro heredará, et los hermanos otros no heredarán ni aurán part"; FRA, III, *De communi dividundo*, 1.247: "... Cum vero fatres, vel soroes habuerint divisas haereditates et forte evenerit, quod duo et duo, vel tres et tres aut etiam plures consortes sunt simul in sorte haereditatis divisae, et evenerit quod aliquis eorum antequam cognoscat partem suam divisé, et determinaté obierit, alii fratres qui non sunt in sorte cum illo, nullo modo possunt petere partem, nec consequi in parte defuncti: nisi ille, vel illi cum quibus erat in sorte" (S. y P. I, III a-III b); TILANDER, 168. "... si doncas áquel o áquellos con qui era en la suert non les ploguiesse que partiesse con ellos"; *Recopilación de Fueros de Aragón* (2), 45; *Fuero de Jaca*, 75.

28. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 18. "E si villanos parten como dicho es de suso et muere alguno de la hermandat, aqueyll ó aqueylos que prifieron part con el muerto, deve aver la meatat de sus bienes, et la otra meatad partan todos por cabeza."

La actuación conjunta de todos los coherederos no es esencial en este tipo de comunidad. Un coheredero puede actuar individualmente en razón de la parte que en la herencia le corresponde. Sin embargo, esa actuación individual no es posible sin el consentimiento de los restantes coherederos cuando se refiere a toda la cosa indivisa. En este sentido las Partidas exigen que la actuación de un comunero sea autorizada, al menos implícitamente, por los demás para que tenga derecho a ser indemnizado de los gastos expendidos en beneficio de la cosa²⁹. En los Fueros de Vizcaya todos los parcioneros, coherederos o copropietarios, están obligados a reparar la cosa común. En el supuesto de que alguno de ellos quiera realizar la reparación y los otros se opongan, debe requerirlos ante escribano para que cumplan con esta obligación. Si se negasen a hacerlo, puede reparar la cosa a su cargo, con la exclusión de los restantes coherederos en los beneficios hasta que paguen, según la parte que en la cosa común les corresponda³⁰.

De otro lado, en el tipo de comunidad que estudiamos es posible que cada coheredero disponga de su parte antes de la partición. La influencia romana es clara en este orden de cosas en Partidas, Fueros de Vizcaya y derecho catalán³¹. Esa misma influencia explica

29. *Partidas* 3, 32, 26.

30. *Fueros de Vizcaya*, 24, 1. "Primeramente, dixeron: Que avian de Fuero, y establecian por Ley, que si muchos parcioneros tuvieren alguna Ferreria, o Molienda; y la tal Ferreria, o Molienda se desbaratare, et y aziere algún tiempo, assi desbaratada, sin moler, ni labrar; y alguno, o algunos parcioneros quisieren que se repare, y muela, y labre, y los otros parcioneros no quisieren: Que en tal caso, ordenavan, y ordenaron, que el tal parcionero, que quisiere reparar, requiera por ante Escrivano Publico á los otros parcioneros á que vengan á lo reparar: Y si assi requeridos no lo quisieren hazer, el tal parcionero, que assi requiere, pueda reparar la tal herreria, ó molienda y hazer que labre, y muela; y assi reparado, la aya y tenga, sin que le entren en ella los otros parcioneros, que no quisieren poner la costa de su parte; y lleve la renta, y frutos della, sin desquento alguno, ni compensación del precio, y cantidad que puso en el tal reparo, hasta que le paguen lo que ende puso, cada parcionero sin rata; y pagándosela, les dé corriente, y moliente."

31. *Partidas* 5, 5, 55; *Fueros de Vizcaya*, 17, 7. "Otrosi, dixeron: Que avian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto acaece que la tal heredad, que se pone assi en venta, y se dan llamamientos, es comun assi del Vendedor como de otro, y recudiendo el profinco, y oponiendose

que en las Observancias del reino de Aragón coexistan dos tipos distintos de comunidad hereditaria: de un lado, aquella en la que los coherederos no pueden disponer de los bienes antes de la división y, de otro, esta en la que se permite que cada coheredero puede libremente disponer de su parte, aun subsistiendo el estado de comunidad ³².

A diferencia de la forma de comunidad antes examinada, la muerte de un coheredero determina que se abra su propia sucesión. En una serie de fuentes medievales continuadoras de la tradición jurídica romano-visigoda, mediante el derecho de representación, los hijos de un coheredero muerto ocupan la posición de éste dentro de la comunidad hereditaria ³³. De una manera semejante, las Observancias aragonesas, en oposición a la Compilación aragonesa

a la dicha venta, y dándose él, y el Vendedor las dichas fianças, el profinco se escusa de hazer la paga, hasta en tanto que el Vendedor parta, y divida con los otros comueros, y consortes: Lo qual era en perjuyzio del Vendedor (pues ya dió, y prestó fiadores de saneamiento de la quota parte que vende). Por ende, establecian por Ley, que siendo dadas las dichas fianças el uno al otro (segun de suso está declarado) no se pueda escusar el Comprador de hazer la paga en los dichos tercios, aunque no se haga la dicha división"; *Código de Tortosa*, 3, 13, 11. "Pero en aquest de mig, cascu pot vendre a altre la sua part, mas lo comprador ha a observar la couinença qu'es ne feyta de no partir tro a aquel cert temps, que non pot forçar l'altre".

32. *ORA III, De consortibus eiusdem rei*, 5: "Item, si fratres possident unam rem indivisam, et unus fratrum mortuus fuerit, potest ordinare de sua medietate, vel alias in vita, vel in morte: nec accrescet pars sua alteri fratri, ac si esset facta divisio secundum Forum" (S. y P. II, 25 b).

33. *Código de Eurico*, 331; *Lex Visigothorum* 4, 2, 8. *Antiqua. Si his, qui moritur, filios fratris vel sororis relinquere videatur*. "Qui moritur si fratres et sorores non reliquerit et filios fratrum vel sororum reliquerit, si ex uno fratre sit unus filius, et ex alio fratre vel sorore forsitam plures, omnem hereditatem defuncti percipiant et equali per capita dividant portionem"; *Puero de Soria*, 321. "Si el muerto dexare nietos que han derecho de heredar, quier sean de fijo, quier de fija, et ouiere más nietos del un fijo que del otro, todos los nietos del un fijo hereden aquella parte que heredarie su padre si biuo fuesse, et non mas; et los otros nietos del otro fijo, maguer sean más pocos, hereden todo lo que su padre heredarie. Et en essa misma guisa hereden los nietos con los tios en los bienes del auuelo et del auuela..."; *Puero Real*, 3, 6, 7. *Como los nietos han de partir con el tío igualmente la hacienda del abuelo*. "Si el muerto dexáre nietos que hayan derecho de heredar, quier sea de fijo, quier de fija, o hobiere mas nietos del un fijo que del otro, todos los nietos de parte del un fijo hereden aquella parte que

de 1247, dan cabida también al derecho de representación. En un caso concreto, cuando muere un coheredero antes de haberse efectuado la división, se preguntan quién debe sucederle si los restantes coherederos, derecho de acrecer, o sus hijos legítimos, derecho de representación; solucionan el problema en favor de los hijos legítimos³⁴.

c) Existe un tercer tipo de comunidad, que podríamos designar como de comunidad impropia en atención a sus peculiares características: la herencia se ha dividido, cada coheredero tiene definida su parte, pero todas las partes se tienen en común.

Esta forma de comunidad, prevista en el derecho vascongado y en el navarro-aragonés, tiene lugar normalmente cuando existen bienes de naturaleza impartible o cuya división no es fácilmente realizable. En este sentido el Fuero de Ayala prohíbe que un coheredero derribe la parte que le pertenece en la casa que posee en común con sus hermanos si alguno de éstos quiere darle el precio estimado de la misma; en el caso de que haya cometido un delito no responde con los bienes que posee en común, si los otros coherederos adquieren su parte³⁵.

heredára su padre si fuese vivo, é no más: e los otros nietos del padre del otro fijo, maguer sean más pocos, hereden todos los que su padre heredaria"; *Partidas*, 6, 13, 3; *Leyes de Toro*, 8; *Código de Tortosa*, 6, 4, 29. "Mas si lo testador, fills de leyal matrimoni auia no es tengut de lexar alguna cosa als ascendents, si no's vol; pero lá on no ha fills ne filles, los nets e les netes e'ls besnets e axi dels altres tenen loc de fills o de filles".

34. *ORA III, De consortibus eiusted rei*, II: "Item, pone, duo fratres habent hereditatem indivisam; unus ex istis non facta divisione, mortuus est ab intestato, relicto uno filio legitimo, quaeritur quis in partem succedit defuncti, frater, vel filius: dic quod filius" (S. y P. II, 26 a).

35. *Fuero de Ayala*, 24. "Otrosi que si dos ó tres hermanos obiesen casa o casas de consuna y alguno o algunos dellos quisieren derribar la su parte, que lo non puedan facer queriendoles algun hermano o hermana dar el precio de lo que apreciaren buenos fieles apreciadores puestos por las partes, é si el tal ó los tales Hermanos non quisieren pagar el dicho tal precio que faga de lo suyo lo que quisiere en su provecho"; 6: "E si por abentura este mal fechor obiese alguna casa de cosuna con hermanos ó con hermanas, ó rueda ó molino, queriendola tomar los dhos tales hermanos ó hermanas en precio que la tal casa ó rueda non sean ataladas más que la Junta é los Alcaldes pongan tres apreciadores, é lo que los dhos apreciadores fallasen que vale, que lo paguen los dichos tales hermanos á los dichos Confrades, é los Con-

En el derecho navarro-aragonés la comunidad que subsiste entre los coherederos sobre los bienes *quae commode dividi non possunt* se rige por reglas especiales, puesto que se reconoce a los coherederos el derecho a disponer libremente de la parte que en dichos bienes les pertenece; pero, según el derecho aragonés, en la carta de venta debe señalarse exactamente la cuota que al coheredero pertenece en la cosa impartible³⁶.

7. El estado de indivisión ha sido frecuente en la Alta Edad Media. No son difíciles de imaginar las razones que obligaban a los hijos a continuar la vida en común después de la muerte del padre. La más fuerte sin duda fué la estrecha solidaridad que ca-

frades que fagan de ello lo que por bien tovieren procomun. Esi los hermanos non quisieran pagar el precio segund dicho es que la tierra faga Justicia”.

36. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 338. *Qui vende su parte de molino*. “Otrosi si alguno vendiere su parte de molino ó de forno ó de otra tal cosa de que non puedan fer partición sino que fagan expensas por las partes, et las partidas resciban las ganancias por mesura ó por cuenta, bien puede vender su parte nombrando con sus firmanzas é valdra”; *Recopilación de Fueros de Aragón* (2), 45. “... Molendina tamen et furni, quia non possunt diudi, siquis ex hereditatibus uolerit partem suam dare, uendere aut impignorare alicui in instrumento seu carta que fiet de facto illo, ita contineatur: “dono, uendo uel mio tibi in pignore mediam partem, aut tertiam, seu quartam de tali molentino uel furno sicut mihi pertinet iure genitorum...”; *FRA III, De comuni dividundo*, 1.247. “Multa castella, balnea, furni, et molendina sunt: quibus accidit multoties, quod multi habent partem in illis: et quia talia non possunt dividi: ut quisque ex haeredibus possit determinate cognoscere partem suam. Si aliquis eorum vendiderit partem quam in eis habet aut si eam dederit, aut impignoraverit, aut quocumque alio modo alineaverit, in carta ipsius facti ita debet contineri. Ego talis dono, vendo, aut impignoro, seu in pignus mitto, aut in dominium tuum transfero pro tanto precio, medietatem, tertiam, aut quartam partem, talis haereditatis, aut plus, at minus, secundum quod in eis habuerit. Et secundum Forum non tenetur ibi aliquid pediare, aut per bogas sive fitas aliquid demonstrare, quia non sunt talia loca quae aliter possent dividi. Veruntamen redditus eorum debent et possunt dividi secundum, quod haeredes habent partem in eis” (S. y P. I, III b); *Tillander*, 172 y *Fuero de Jaca*, 279; *ORA III, De consortibus eiusdem rei*, 3: “Item, Forus qui loquitur, quod frater non potest alienare, vel obligare bona patrimonialia alteri: intelligitur de bonis, quae secundum Forum dividi possunt: alia vero, quae commode dividi non possunt, ut furnus, et similia: bene possunt obligari, vel alienari” (S. y P. II, 25 b).

racterizaba la familia española altomedieval. La comunidad hereditaria, en su forma más antigua, se presenta como una continuación de la propiedad familiar. La situación de comunidad ofrece ventajas de orden económico que podían incitar a su aceptación por las familias agricultoras: evita la división del dominio que perjudica su rendimiento.

Posiblemente reflejen situaciones transitorias de comunidad los documentos de aplicación del derecho en los que aparecen varios hermanos disponiendo de los bienes heredados y a los que nos hemos referido al tratar de la actuación de la comunidad. En cambio, de aquellas actuaciones colectivas de los hermanos dirigidas a adquirir bienes, labrar la tierra, etc., podrían deducirse estados de comunidad con un carácter estable³⁷. No es desconocida en la Edad Media la situación de comunidad forzosa impuesta por el padre a los hijos sobre determinados bienes³⁸. Así, en un documento gallego de 1126, podemos ver cómo Oveco Díaz, por testamento, dispone que sus hijos hereden separadamente ciertos bienes *et alias hereditatem habeant communiter*³⁹. En algún caso la comunidad ha sido impuesta por el propietario al colono que recibe tierras en arrendamiento perpetuo; de esta forma el abad del monasterio de Monterramo dispone que, a la muerte del colono, las tierras arrendadas queden en beneficio de todos los hijos⁴⁰.

A partir del siglo XIII se nota una tendencia dirigida a consi-

37. *Cartulario del Monasterio de Vega*, 18 (a. 1074): "Notum vobis omnibus quo ego Petro Garciace et uxor mea Godina, nobis filiis de Muza, facimus cartula vendicionis de illa hereditate de Maria Alba tota et media de quantum ibi potueritis invenire..."; 56 (a. 1161): "... Ego Johannes Dominiquiz, una pariter cum meis iermanis... placuit nobis... ut faceremus vobis Petro Pelaiz et vestro iermano Johanes Pelaiz Kartula vendicionis de hereditate nostra propria..."

38. Cfr. HINOJOSA, *La fraternidad artificial* cit. p. 268.

39. *Archivo de San Martín Pinario en Santiago* (a. 1126). Testamento de Oveco Díaz, "Et mando ut filii mei habeant meas hereditates, id est Didacus Ovequiz habeat Sollar et Petro Ferrario habeat Barantes, et alias hereditates habeant communiter" (cit. por HINOJOSA, *La fraternidad artificial* cit p. 268, n. 27).

40. *Documento particular del Monasterio de Monterramo*, II (a. 1215): "Ego Gundisalvus abbas Montisrami... facio pactum... tibi Johanni Ferrandi et uxori tue Marine Suariz de nostro monte quem habemus in Sancto Johanne

derar la comunidad hereditaria como un estado transitorio. La causa de ello debe verse en la recepción del concepto romano de propiedad más individualista que el de siglos anteriores. La influencia del derecho justinianeo es clara en este punto concreto en el Código de Tortosa, que declara nulos los pactos celebrados entre coherederos comprometiéndose a mantener una comunidad perpetua; es lícito, sin embargo, el acuerdo de no partición si se limita a cierto período de tiempo⁴¹; este mismo derecho tiene vigencia en el resto del territorio catalán, aunque en las fuentes no se regule la situación a que hacemos referencia.

8. El problema referente a la responsabilidad de los herederos por las deudas y cargas de la herencia presenta un doble aspecto que, para mayor claridad, conviene estudiar por separado: la existencia de esa responsabilidad, de una parte, y los límites o el alcance de la misma, de otra.

En Roma, superada esa fase primitiva en la cual la obligación era estrictamente personal y, por tanto, intransmisible, la *hereditas* comprende créditos y deudas. Los herederos responden de las deudas de la misma manera que el causante. Se dice a este propósito que el heredero *succedit in aes alieno* (D. 3, 2, 6, 6), que la herencia *aere alieno gravaretur* (D. 26, 7, 59)⁴².

9. El derecho visigodo es una continuación del romano. Los herederos vienen obligados a responder de las deudas y daños del causante, siempre que unas y otros sean probados mediante escritura o testigos legítimos; los herederos del ladrón no sufren la pena corporal que el delito lleva consigo, pero deben indemnizar el daño ocasionado por el causante⁴³. A pesar de que el derecho visi-

de Cova... Et Benedictus Suariz sit in societate cum societate huius hereditatis Johannes Fernandi, et filii sui similiter (cit. por HINOJOSA, *La fraternidad artificial* ct. p. 268, n. 28).

41. *Código de Tortosa*, 3, 13, 11. "Couinença que sia feyta entre alguns sobre coses que ajen comunes, ço es saber, que facen couinença que nuyl temps, d'aqueles coses no facen parcio, e que tots temps o ajen e o tenguen en comu, aytal couinença no val." "Mas si sera feyta couinença entro a cert temps que no partesquen aqueles coses comunes, aquela couinença val tro a aquel cert temps, que no's pot partir si doncs entr'ells no's n'auenien."

42. B. BIONDI, *Diritto creditario romano* (Milán, 1954) p. 341.

43. *Lex Visigothorum*, 5, 6, 6. *Qualiter defuncti debitum aut violentiam*

godo, como vemos, se orienta en el mismo sentido que el romano, no deja de ser significativa la forma de plantearse la cuestión de la responsabilidad hereditaria en la ley de Recesvinto, la 5, 6, 6 del *Liber Iudiciorum*: *si viventis cuiuslibet manifesta culpa non apparet, nefas esse non dubitandum est, ut cum quisque post obitum mansisse sibi reum accuset* y que en los manuscritos Toledo, Malpica 2 y Escorialense 1 del Fuero Juzgo se ha traducido de la siguiente forma: "si algum omne es culpado, hy en su vida non le fuere demostrado, non es tuerto quello demuestre omne depues de su muerte, nin a sus hijos, nin a sus herederos non deve ninguno demandar, nin metier en pena de sus buenas, mas mandamos en esta ley..."⁴⁴. Los textos recogidos aluden, como puede observarse,

post mortem possit inquiri. "Si viventis cuiuslibet manifesta culpa non apparet, nefas esse non dubitandum est, ut eum quisque post obitum mansisse sibi reum accuset. Ne ergo in fraudem heredis defuncti quicumque post hec talia conetur presumere, huius legis redargui sanctione se noverit, scilicet, ut si quis quemlibet defunctum violentum sibi aut pervasorem sue rei seu debitorem fuisse adstruxerit eumque quodcumque illicitum dixerit perpetrasse, non aliter eius adsertioni credatur, nisi per quamcumque scripturam aut testificationem legitimam id verum esse indubitanter edoceat. Quod si tale aliquid quisque convicerit, et defunctus ille, de quo agitur, filios non relinquens facultatem suam suis libertis aut quibuscumque personis dinoscitur contulisse, ipsi liberti vel alie persone, iusta quod possident de rebus defuncti, que defunctus debuit vel commisit, insistente iudice cogantur exolvere. Nam si filios reliquerit, et ipsi omnem eius possident facultatem, ipsi procul dubio cogendi sunt illa supplere, unde auctor eorum debitor aut presumptus convincitur extitisse. Si certe predictarum causarum obnoxius sic ab hac luce discesserit, ut de suis rebus nihil videatur aliquatenus ordinasse, propinqui eius, vel qui facultatem ipsius adierint aut possederint, petitori de re vel causa, quam repetit, cogendi sunt reddere rationem; ita ut, si ille qui debitor aut presumptiosus dicitur extitisse, nihil rerum suarum moriens dinoscitur reliquisse, ab omni calumnia repetentis eius filii vel propinqui habeantur immunes. Sin autem quodcumque defunctus reliquit, et maius est quod petitur, quam quod reliquisse videtur, si filii eius aut propinqui aut qui eius possident bona, noluerint pro reatu eius vel debito satisfacere, de rebus a defuncto dimissis non morentur petenti facere cessionem"; 7, 2, 19 Antiqua. *De hereditate et successoribus furis*. "Si quis furi mortuo in hereditate aut ex testamento aut ex sanguinis propinquitate successerit, quia crimen cum fure defecit, penam quidem non sustineat, sed damnum satisfactionis exolvat, quod fur, si vixisset, fuerat soluturus. Si autem maius est damnum quam hereditas, faciat cessionem".

44. *Fuero Juzgo* 5, 6, 6.

a un derecho más antiguo en el que, de forma parecida a como ocurría en el derecho romano primitivo, las deudas eran personales y no se transmitían a los herederos.

10. En el derecho medieval español encontramos textos según los cuales, en determinados casos, la comunidad hereditaria no responde del pago de las deudas o del cumplimiento de otras cargas de la herencia. Los textos a que hacemos referencia pertenecen al derecho territorial y local de Castilla, al leonés y al navarro, es decir, a un derecho que se caracteriza por ser más primitivo y anterior a la recepción del derecho romano justinianeo.

Los dos textos más significativos, en este sentido, los encontramos en el Libro de los Fueros de Castilla y en los Fueros la Novenera. En el primero se exime plenamente a la comunidad hereditaria de responder por las deudas del causante cuando concurren determinadas circunstancias. De parte del deudor se requiere: que enferme, que permanezca en este estado al menos nueve días, que reciba los auxilios de la Iglesia y que muera a consecuencia de la enfermedad; respecto al acreedor que, a pesar de encontrarse en la villa donde habita el deudor, no le demande⁴⁵. En la Novenera los herederos no responden por deuda de dinero o de trigo a no ser que haya sido garantizada mediante fianza; la razón de ello estriba en que "el que cailló al padre, caylle al fillo"⁴⁶. En cambio, los hijos suceden a los padres en las obligaciones derivadas de una compraventa y cuando el "ferme" muere responde el hijo en las mismas condiciones⁴⁷. Esta idea que aparece en el derecho territorial castellano

45. *Libro de los Fueros de Castilla*, 98. *Título de omne que debe deuda a otro et enferma et yase*. "Esto es por fuero de todo omne que deua deuda a otro e enferma et yase nueue dias alechugado e es amonestado por la yglesia, aquellos deudores aquien el deve la deuda seyen en la villa en aquel tiempo que yase enfermo, et muere este omne: pueden le los fijos toller le repuesta, pues que non querello asy commo fuero es."

46. *Fueros de la Novenera*, 147. *De clamantes de ombre muerto*. "Todo ombre que pase d'est sieglo al otro, por clamant ninguno que uenga que dineros o trigo li deuia, si fiança non ha, no'l responderá el fillo por el padre nin la muyller eissament. El qui cailló al padre, caylle al fillo."

47. *Fueros de la Novenera*, 226. *De compra de pieça o de uinna*. "Todo ombre que pieça compre o uinna, deve el uendedor yr adelant et el comprador li ailluego et el ferme de çaga por apear la heredat, esto que prueuen con dos ombres. Et si muere el ferme, que responda al fillo con la iura del

y en los Fueros de la Novenera, que exige para que exista una responsabilidad hereditaria que el causante sea demandado en vida, informa también el derecho del fuero leonés de Zamora, puesto que, en el caso contrario, la demanda sólo puede prosperar si el acreedor prueba con cinco hombres buenos que el causante había poseído "per forcía o per torto"⁴⁸. El mismo fundamento tiene que en los Fueros de Cuenca, Molina y Uclés la comunidad no responda de la dote prometida pero no demandada en vida del varón⁴⁹.

Los fueros surleoneses admiten la responsabilidad por deudas, pero la niegan en el supuesto de fianzas. Esta disposición la encontramos en Alfaiates, Usagre y Cáceres⁵⁰. Los Fueros de Coria,

comprador et del su fillo, si non, puede dar candela"; *Fueros de la Novenera*, 228. *De qui es ferme et muere*. "Nuill ombre que ferme es et muere, con su iura del comprador et de su fillo, con su carta en la mano et una testimonia uiua, deue ualer, et non puede dar candela"; *Fueros de la Novenera*, 261. *De ferme de heredit que muere*. "Todo ombre que ferme tenga de heredit de compra et muere el ferme et muere el comprador, con la iura del fillo del ferme que iure al uendedor o a su fillo, si la aya a fer bona; esto iurando el fillo del comprador que tal ferme li era por ferme muerto, no ha candela, nin por cosa muerta ninguna."

48. *Fuero de Zamora*, 25. *De omne que heredit demandar*. "Omne que heridade demandar oauer e nola demandar en uida del quela touier e non primdar por ella e non ayuizar, e despues de sua muerte non respondan della fillos nen muier, foras a tanto de firmar el que la demanda con V. omes bonos que per focia e per torto la tenia; e respondale dela."

49. *Fuero de Cuenca*, 9, 3. *Quod post mortem uiri nemo dotem persoluat*. "Sciendum est, quod post mortem uiri nullus habet soluere dotem: et quamuis uxor pignora teneat, non ualeant, quia ante mortem uiri dos non fuit requisita: apreciatura autem ualeat omni tempore"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 174; *Fuero de Béjar*, 213; *Fuero de Plasencia*, 634; *Fuero de Teruel*, 415; *Fuero de Molina*, 11. *De arras*. "El vezino de Molina que prendie muger, del por sus arras XX maravedis. Et la que demandare mas nol vale et despues de la muerte ninguno non peche"; *Fuero de Uclés*, 28. *De arras*. "Totus homo qui arras ouiere a dar non det mas de XX morabetinos; terciã pars in boda por foro duçles; et si in uida non demandarent, postea non respondan, neque filii, neque parentes. Sed homo qui fiador entrare por arras respondat, ó pectet bivo sedendo el qui eum miserit".

50. *C. R. Alfaiates*, 62. "Homo qui obierit non respondeant suo filii nec sua mulier neque parentes ipsius pro nulla fiadura quam fecit quando uiuus erat, et per sua debita respondeant qui sua bona hereditate"; *Fuero de Usagre*, 90, y *Fuero de Cáceres*, 100.

Castel-Rodrigo, Castello-Melhor y Castello-Bom hablan sólo de responsabilidad por deudas, "si non por deuda que deva", sin referirse a fianzas⁵¹. Posiblemente el precepto originario de este derecho, en el caso concreto que nos ocupa, es el recogido en Alfaia-tes; las redacciones de Coria, Castel-Rodrigo, Castello-Melhor y Castello-Bom tal vez sean incompletas.

A veces la comunidad hereditaria responde únicamente cuando hubiese sido convenido. En el derecho de Cuenca-Teruel, a propósito de los contratos celebrados entre judíos y cristianos, sobre préstamo de dinero, se ordena para que la mujer y los hijos del prestatario respondan cuando éste muera o se marche de la villa que se obliguen con él al tiempo de la celebración del contrato. En caso contrario, la exención de responsabilidad de la comunidad hereditaria es total. El texto que comentamos parece ser que recoge un derecho más antiguo y que no está de acuerdo con el sistema general del Fuero de Cuenca, como hemos de ver más adelante⁵².

11. En los territorios en los que ha sido aplicado el *Liber Iudiciorum* se establece como principio general la responsabilidad de la comunidad hereditaria. Una buena prueba de ello la encontramos en los documentos de aplicación del derecho de Cataluña. En el 986, Sunisfredo ordena a sus ejecutores testamentarios que paguen todas sus deudas. En el testamento de Pedro de Queralt del año 1167 se dispone que *Rai. autem Petrus sit paccatus de*

51. *Fuero de Coria*, 89. *De ome que murier*. "Si el marido morier non responda su muger ni su hijos ni qui su buena heredade, si non por deuda que deva..."; *C. F. Castel-Rodrigo*, 4, 18; *C. F. Castello-Melhor*, 4, 16; y *C. F. Castello-Bom*, 86.

52. *Fuero de Cuenca*, 29, 18. *De stipulationibus iudeorum et xristianorum*. "Si xristianus iudeum pro sua pecunia debitorem receperit, et iudeus uxorem aut filios habuerit, omnes se faciant debitores cum eo. Quia si debitores se non fecerint, et iudeus debitor obierit aut fugerit, uxor et filii eius pro debito illo minime respondebunt. Si xristianus eos receperit debitores, et iudeus obierit et fugerit, uxor et filii debitum illud persoluant. Si iudeus pro pecunia sua xristianum debitorem receperit, et uxor aut filii se debitores cum eo non fecerint, non respondeant iudeo pro debito illo, si xristianus obierit aut fugerit. Si debitores se fecerint pectent cum fuerit neccesse"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 593; *Fuero de Béjar*, 871 y 872; *Fuero de Plasencia*, 338; *Fuero de Teruel*, 552.

omni debito quod ei debeo. En 1176, Subirana deja a su hijo Pedro determinados bienes y le ordena *ut persolvat* todas sus deudas^{52 bis}. En el derecho posterior, una vez aceptada la herencia, expresa o tácitamente, el heredero queda obligado a pagar las deudas⁵³.

En los restantes territorios la responsabilidad de los herederos por las deudas del causante aparece con claridad desde el siglo XII. El derecho del *Liber Iudiciorum* se recoge en el Fuero de Soria y Fuero Real, que establecen la obligación de responder “maguer que al muerto no fuesse demandado en su vida”, siempre que la deuda sea probada por escritura o testigos⁵⁴. Pero las Leyes del Estilo limitan la responsabilidad de los herederos, caso de que la deuda no hubiera sido demandada en vida del causante, exclusiva-

52 bis. *Collección diplomática del Condado de Bcsalú*, 2.081 (a. 920). “... Nos quidem Tidila et... qui sumus... elemosinariis de homine nomine Datoni vel uxori sue nomine Anneri... certum quidem... est enim quia mandaverunt nos ad extremo voluntate et donare, fecissemus ad Domum Sancti Joanis Babbiste cenobii monasterii. Ita et fecimus...”; *Cartulario de San Cugat de Vallés*, 12 (a. 927): “... Ego Eugracia, femina, et filius meus Leva, qui sumus elemosinarii de qd. Viviano... precepit nobis... ut fecissemus carta ad domum s. Cucufati de una semodiata de vinea... propter hec facimus carta de ipsa vinea iam dicta quod ille nobis precepit...”; 184 (a. 986): “... Ego Fruianus, presbiter, et Petrus, presbiter, et Stefanus, donatores sumus ad domum s. Cucuphati cenobii terra que nos tenemus per causa elemosinaria de qp. Petroni...”; 188 (a. 986): “... Et rogo vos, elemosinarii mei, ut omnes debitos meos persolvatis...”; 373 (a. 1002): “... Ego Aicio et Vivane donatores sumus tibi Igilane. Manifestum est enim quia precepit nobis qd. Recosindo, quando suam elemosinam nobis commendavit... ut tibi cartam donacionis fecissemus, sicuti et facimus...”; 1.105 (a. 1176): “... Dimitto eidem Petro, filio meo, omne meum mobile et vasculam maiorem et minorem, et laudo et concedo testamentum viri mei, et precipio Petro filio meo, ut persolvat omnia mea debita...”; *Cartulari de Poblet*, 234 (a. 1167): “... Rai. autem Petrus sit peccatus de omni debito quod ei debeo pro hac laxatione quam ei et uxori sue et filio suo facio...”

53. *Constitutions de Cathalunya*, vol. II 6. 4. 1; *Consuetudines de Gerona*, 37; *Código de Tortosa*, 6, 6, 6.

54. *Fuero de Soria*, 428. “Qui quier que demandidiere aherederos dotro por debda quel deuisse, los heréderos sean tenidos de responder por el debdo, maguer que al muerto non fuesse demandado en su vida, si por testigos o por cartas valederas pudiere seer prouado. Però si en la buena del muerto non ouiere tanto como la demanda, los herederos non sean

mente a las deudas civiles, no a las nacidas de delito⁵⁵. En relación con el sistema del Fuero de Soria y Fuero Real, los Fueros de Vizcaya no reconocen la responsabilidad de la comunidad hereditaria cuando no existe documento probatorio de la deuda del difunto, mediante el juramento decisorio de los coherederos de que no conocen la existencia de la deuda demandada⁵⁶. De forma se-

tenidos alo demás. Et si el que demandare non lo pudiere prouar los herederos fagan salua, segund la quantia que les fuere demandado, que non lo sabien ni aquel por que les demandan non gelo dixo, et sean quitos. Et si el uno de los herederos quisiere rresponder por todos o por qual quisier, pueda lo fazer con recabdo que peche por ellos lo que preñado fuere et que finque por quanto fiziere por aquellos por que el respondiend..."; *Fuero Real*, 3, 20, 6. *Cómo los herederos han de responder por el difuncto*. "Quinquier que demandare á herederos de otro por deuda que debiese, ó por calofña que hobiese fecho el muerto, los herederos sean tenudos de responder por el muerto, mauer que al muerto non fuese demandado en su vida, si por testigos, o por cartas válederas pudiere probar lo que demanda: mas si no lo pudiere probar, los herederos no sean tenudos de facer salva; pero si en la buena del muerto no ha tanto como es la demanda, los herederos no sean tenudos en lo demás".

55. *Leyes del Estilo*, 68. *Del deudo, ó calumnia que puede ser demandado al heredero*. "Sobre la Ley que comienza: Quien quier, que es en el título de las Deudas, sobre aquellas palabras, ó por calumnia, etc. Esta calumnia puede ser demandada á los herederos, si fue demandada al que ellos heredaron, é fue el Pleyto comenzado por demanda é por respuesta con él ante que él muriere. E lo que dice adelante en esta Ley. Quien quier muerto, maguer que el muerto no fuese demandado en su vida, etc. Y esto refiere á lo que dixo de suso en esta Ley Quien quier, en aquellas palabras que dixo, por deuda que debiese. Mas no se refiere a las palabras que dixo, ó por calumnia, no puede ser demandada al heredero, si no fue demandada á aquel que él heredó ante que muriese, é que haya seydo el Pleyto con él comenzado por demanda, é por respuesta, ante que él muriese."

56. *Fueros de Vizcaya*, 13, 2. "Otrosi, dixeron: Que ayian de Fuero, y establecian por Ley, que por quanto fallecido algun Vizcayno, acaece que á sus Herederos, y Successores convenian algunos sus vezinos, deziendo ser Acreedores de alguna cantidad, ó cosas: Y por causa, que no podian probar su recibo, deferian el juramento á los tales Successores, conforme a la Ley antes desta, y los tales Successores se escusavan de lo acetar, ó referir; deziendo ser menores, ó que no sabian del hecho de la tal deuda, o que no parecia Escritura de Testamento, ni obligacion por lo qual recibian fatiga, assi los unos como los otros, y se alargavan los Pleytos. Por ende, dixeron: Que ordenavan, y ordenaron en tal caso, agora fuessen menores, agora ma-

mejante, en Navarra, el Fuero de Estella exige que la deuda sea probada por el acreedor, para que exista responsabilidad hereditaria; la falta de prueba da lugar al juramento de los herederos del deudor de que ellos desconocían la deuda, para que no respondan de la misma; si los herederos reconocen la deuda y afirman que ha sido pagada, se ordena, en el Fuero de Estella de 1164, que el demandante jure y tome el hierro; si éste culpa a la viuda de que conoce la deuda, debe también tomar el hierro; en el mismo supuesto, en el Fuero de Estella del siglo XIII, se dispone lo contrario, es decir, que la prueba recaiga sobre los herederos, y no pudiendo probar el acreedor, debe jurar que el muerto no le había satisfecho el crédito⁵⁷.

yores, agora huviessse Escritura, agora no la huviessse, siendo deferido el tal juramento por el Actor al tal Reo Successor, el Reo sea tenuto de lo acetar, y hazer, y prestar por si, si fuere mayor, o por sus Administradores siendo menores, en la forma, y manera y en el Lugar que por el Actor fuere pedido, y declarado; que él no sabe, ni cree, que el tal Predecessor, o Actor suyo, debía aquella cosa, o cantidad sobre que es convenido, y que jurandolo assi, sea dado por libre, y no sea obligado a más, ni se pueda excusar de lo hazer; sopena, que el tal Juramento sea referido al Actor: Pero si el Actor escogiere via de prueba por Testigos, o por toda otra manera de prueba, sea oydo; aunque el tal sucessor sea menor, y no aya Escritura."

57. *Fuero de Estella* (1164), 33. *De homine mortuo*. "Si homo mortuus censum alicui homini dare debuerit, et ille qui querit quod sic debeat, illi hoc probare non potuerit, filii quod nesciunt iurabit, quod pater illorum debuisset illi illum censum, et passabit. Mulier mortui faciet similiter, et si ipse dicit: "hoc tu scis", de ferro torna est ibi. Et si dixerit filio: "pater tuus hoc censum mihi debet" et filius dicat: "non esse potest quod debuit, sed tibi reddidit", ille qui querit censum debet iurare et ferrum leuare, et si potest se saluare, recuperauit suum censum, ei si ipse uoluerit qui ferrum debet leuare, potest ponere hominem ad ferrum leuandum pro se..."; *Fuero de Estella* (siglo XIII), 34. *De homine mortuo*. "Si homo mortuus debebat dare pecuniam alicui homini, si ille qui querit pecuniam non potest probare quod ita debebat ei illam pecuniam ille homo mortuus, filii hominis mortui iurent quod ipse nesciunt quod pater eorum debebat ei illam pecuniam, et sint immunes. Pro matre mortua faciant filii similiter. Et si filii hominis mortui dicunt illi qui querit pecuniam: "bene potest esse quod pater noster debebat uobis istam pecuniam, sed ipse perscruit uobis eam", opus est quod hoc probent, et si probare poterint sint immunes, se si probare non poterint, iuret ille qui querit pecuniam quod

De otra parte, la influencia romanista, si bien prematura, se hace sentir en el derecho de los fueros municipales. En las fuentes⁵⁸ encontramos expresiones que nos indican que la responsabilidad de la comunidad hereditaria es un principio de derecho sucesorio: *cum alter obierit, paccatis omnibus debitis de communi* (Cuenca-Teruel), "et si non, qui lo heredare pague debdas et mandas" (Sepúlveda), "primeramiente pagadas las debdas et las mandas" (Soria), "qui hereda de sus parentes pagar deve sus deudas" (Viguera y Val de Funes). Los documentos de aplicación del derecho pertenecientes a Castilla confirman el principio señalado. En los referentes a testamentos se encuentran cláusulas que prohíben la partición de la herencia hasta que sean pagadas las deudas y las mandas del causante. En el testamento de Gonzalo Fernández de Negriellos, otorgado en el año 1312, se dispone: "e ninguno non ssea poderoso de partir enno mio a menos de seer mias debdas e mias mandas conpridas"⁵⁹. En otros documentos la comunidad o los albaceas testamentarios cumplen la disposición *pro anima* del causante⁶⁰; en otro es posible ver cómo los herederos venden ciertos bienes para cumplir esta obligación⁶¹.

pater eorum non persoluit ei illam pecuniam, et filii reddant ei integre pecuniam".

58. *Fuero de Cuenca*, 10, 11. *Item de particione*. "Si coniugati filios habuerint et in uita non fuerint separati, et neuter eorum filios alios habuerit, cum alter obierit, paccatis omnibus debitis de communi, que simul fecerint, et etiam paccata helemosina de portione mortui et pannis funeris, filii, siue heredes diuidant inter se omnia bona mortui tam in mobili, quam in radice..."; *F. Zorita*, 195; *Fuero de Béjar*, 239 y 240; *Fuero de Plasencia*, 466; *Fuero de Teruel*, 430; *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 92. *Qui hereda de sus parenter pagar deve sus deudas*. "Et qualquiere fijo o otro hombre qui heredare de sus parentes por parentesco de derecho, tenydos son de pagar los del muerto, é responder á todos los quereyillosos del muerto..."

59. *Cartulario del Monasterio de Eslonza*, 178 (a. 1312).

60. *Cartulario de San Pedro de Arlanza*, 127 (a. 1192). "In Dei nomine et eius gratia. Notum sit omnibus hominibus tam presentibus quam futuris, quod ego dompnus Didacus de Fenar, una cum spontanea voluntate filio meo Lupus Didaci, pro amore Dei et pro remedio animabus nostris, concedimus et confirmamus vobis dompno M., abbati Sancti petri de Arlanza, toti que conventus eiusdem monasterii, et omnibus sucesoribus vestris, domum de Quintaneisrubeis cum omni sua hereditate et omnes alias donationes, et cum omnibus iuris suis, quas dompna Maria Malric, mater

En Aragón, en un principio muy casuísticamente, se ha fijado la responsabilidad de los herederos. El Fuero de Jaca y en el mismo sentido la Compilación de 1247, al ocuparse de regular las obligaciones de los herederos del ladrón, establecen, de igual forma que el *Liber Iudiciorum*, que indemnicen al demandante, pero que no sufran la pena que el delito lleva consigo⁶². Las Observancias generalizan el principio de la responsabilidad, en cuanto que la negativa de los herederos a satisfacer las cargas de la herencia provoca la cesión de ésta por los herederos en favor de los acreedores⁶³. En algunos supuestos, en cambio, los herederos no responden del pago de las deudas hereditarias, pero conviene advertir que en la mayoría de ellos los bienes son poseídos bajo un título distinto del hereditario. Esto explica que los hijos no respondan del pago de las deudas paternas con las donaciones recibidas de los padres por escritura, fianzas y testigos⁶⁴; la misma exención

domini Lupi Didaci, delit in prefato monasterio pro anima sua et pro animabus parentum suorum, ut habeatis et possideatis eas iure hereditario perheniter valiaturas...": *Cartulario del Infantado de Covarrubias*, 110 (a. 1301). Los albaceas de Rui Pérez de la Cámara ejecutan el testamento de éste, que había dispuesto fuera entregada al Cabildo de Covarrubias una casa y toda la hacienda que tenía en esta ciudad.

61. *Colección diplomática de San Salvador del Moral*, 71 (a. 1350). Juan Fernández y sus hermanos Rodrigo Alonso y Alfonso venden, para pagar el alma y las mandas de Domingo Pérez, su padre, a Martín Fernández una casa con su sótano, situada en Castrojeriz, junto a San Esteban y lindante con la casa de la hija de doña Marina, la de Domingo Criado, por precio de 60 mrs. de la moneda blanca del rey, á 10 dineros el mr.

62. *FRA IV De haeredibus fideiussorum*, 1.247. "Haeres latronis poenam patris non subeat: damnum tamen reficiat conquerenti, aut haereditatem latronis dimittat penitus: sive ratione consanguinitatis eam possideat, sive ex testamento" (S. y P. I, 174 b); *Tilander*, 216; *Fuero de Jaca*, 155.

63. *ORA V, De testamentis*, 3. "Quicumque fuerit legatarius, vel detentor honorum defuncti tenetur debita solvere, vel bona quae tenet desemparare" (S. y P. II, 38 b).

64. *FRA II, Ne filius pro patre, vel matre teneatur*, 1.247. "Si pater, aut mater alicuius hominis dederit alicui filio, vel filiae certam et determinatam partem alicuius haereditatis cum carta, fidantiis, et cum testibus, sicut consuetudo donationis est: si forte aliquis homo habuerit clamum de patre, aut matre antedictis: secundum Forum non potest nec debet pignorare, aut gravare illud donativum antedictum, quod habet, aut res suas" (S. y P. I, 175 a); *Tilander*, 76; *Fuero de Jaca*, 52.

y con idéntico fundamento se establece en beneficio de los hijos ilegítimos⁶⁵; tampoco responden de las deudas paternas los hijos herederos de la dote de la madre infanzona, siempre que hubieran recibido los bienes que la constituyen en virtud del contrato matrimonial y no por sucesión del padre y de la madre⁶⁶. En otros casos, a pesar de darse en los poseedores de los bienes la condición de herederos, se les exime de responsabilidad. En este sentido, las Observancias aragonesas declaran al hijo instituido legatario solamente de dinero exento de responsabilidad y al que hubiera vendido como propios los bienes heredados, antes de ser demandado por los acreedores del padre⁶⁷.

12. Ahora bien, ¿cuál es el alcance de la responsabilidad hereditaria?, ¿responden los herederos sólo con los bienes heredados o incluso su propio patrimonio queda afecto a esa responsabilidad?

En el derecho romano clásico, salvo excepciones, el heredero responde de las deudas de la misma manera que el causante, es decir, sin límites o, en otros términos, *ultra vires hereditatis*. Más tarde, cuando Justiniano introduce el *beneficium inventarii*, esa responsabilidad ilimitada se convierte en limitada, pudiendo hablarse de responsabilidad *intra vires hereditatis* o, lo que es lo mismo, dentro de los límites del activo de la herencia. El heredero que pretende valerse del beneficio de inventario no necesita hacer una

65. *FR. I V, De filiis illegitimis*, l. 247. "Filius non legitimus, si habuerit determinatam partem de rebus patris cum carta sufficienti, de caetero in debitis patris sui solvere non tenetur, si forte pater suus, dum vivus, erat, aliqua debita dare debebat" (S. y P. I, 236 a); *Fuero de Jaca*, 53.

66. *OR. I V, De iure dotium*, 39. "Item, filii qui haereditant dotes matris ingenuae, non tenetur ad solvendum debita patris cum illas habeant ex contractu matrimonii inter eos initi et non ex successione patris et matris, de consuetudine tamen uxor poterit dotes alienare" (S. y P. II, 35 a).

67. *OR. I V, De testamentis*, 4. "Item, si testator legaverit filio vel filiae, vel alii haeredi pecuniam tantum, non tenetur solvere debita testatoris, vel desemparrare ratione illius pecuniae" (S. y P. II, 38 b); 13. "Item, si filius haeres mortuo patre alienat bona, quae a patre iure successionis habet, tanquam bona propria, antequam emparentur a creditoribus patris, ex tunc filius, nec ille qui bona illa possidet iure alienationis per filium ei factae, non tenetur creditoribus patris, nec aliis, sed per Forum novum Alcagnicii est aliter provisum circa haereditates furatas" (S. y P. II, 39 a); cfr. MOLINO, *Summa de todos los Fueros y Observancias del reino de Aragón* (Zaragoza, 1589) p. 335 y 336 en las que no aclara nada.

declaración especial ni aceptar la herencia de una manera particular; basta que realice el inventario de la forma exigida en la ley. Los efectos del inventario son los siguientes: el heredero tiene derecho a la cuarta falcidia, de las deudas hereditarias responde *in quantum res substantiae ad eos devolutas valeant* y puede ejercitar contra la herencia todas las acciones que podía ejercitar contra el difunto⁶⁸.

El derecho del *Liber Iudiciorum* limita la responsabilidad hereditaria hasta donde alcance la herencia; los herederos, en el supuesto de que las deudas o las indemnizaciones que deben satisfacer por el causante sean mayores que el caudal relicto, deben hacer cesión de los bienes a los acreedores. Se consigue, como es posible ver, el mismo efecto que en el derecho romano justinianeo. sólo se responde *intra vires hereditatis*, pero con una peculiaridad, puesto que no es necesario que los herederos realicen el inventario. El derecho visigodo se orienta evidentemente en la misma línea que el romano, pero significa una simplificación de sus instituciones⁶⁹.

La cuestión que nos ocupa no se ha planteado en el derecho anterior a la recepción, al menos desconocemos los textos que a ella se refieran. Sin embargo, en el derecho consuetudinario de Castilla, Fuero Viejo, se regula un supuesto del cual es posible inducir que, en todo caso, la responsabilidad era limitada al alcance de los bienes heredados. En el caso de que la herencia sea tan pequeña que claramente el pasivo supere al activo, se exige una declaración de los herederos ante testigos, vecinos del causante, y en concejo pregonado, de que las deudas son superiores al caudal relicto; cumplidos estos requisitos los herederos no quedan obligados al pago de ninguna deuda⁷⁰.

68. B. BIONDI, *Diritto ereditario romano*, cit. p. 341 s.

69. Vid. nota 43.

70. *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 2, 3. "... Mas quando morier el padre, o la madre, si el fijo o los fijos, que fueren vieren que el algo del suo padre es tan poco, que montan mas las debdas, que deve, deven llamar testigos vecinos de aquella parrocha, onde eran vecinos el padre, e la madre, en concejo pregonado deven decir así: Nuestro padre, e nuestra madre son finados, e nos tenemos, que lo que nos él deja, que non es tanto, que nos podiesemos pagar las debdas, e facemos ende a vos testigos; e haciendo esto, non son tenudos a ninguna debda del suo padre, nin de sua madre."

En el derecho castellano de los fueros extensos, que precede a la recepción oficial del derecho romano, se continúa la tradición del *Liber Iudiciorum*. Así en el Fuero de Soria y en el Fuero Real se ordena que los herederos respondan hasta donde alcancen los bienes heredados, sin necesidad del inventario⁷¹. En el mismo sentido, en Vascongadas, el Fuero de las Encartaciones, al regular la responsabilidad del padre por las deudas del hijo al que ha heredado⁷².

En el derecho de Cuenca-Teruel encontramos un precepto que llama poderosamente la atención, puesto que en él se establece una responsabilidad *ultra vires hereditatis*. El precepto dice así: *et quamvis mortuus nichil habeat quod filii heredent, tamen habent respondere pro debito ipsius*. Determinar el origen de esta norma no es fácil. Pero conviene observar que el precepto aludido no se repite en todos los fueros que forman parte de ese derecho. En el mismo sentido que Cuenca el Fuero de Béjar y el Fuero de Plasencia; el Fuero de Zorita ha suprimido ese párrafo y el Fuero de Teruel-Albarracín no contiene siquiera el precepto⁷³.

En las fuentes de la recepción el inventario produce las mismas consecuencias que en el derecho justinianeo, si fué realizado de acuerdo con las normas establecidas por la ley. Los herederos, en consecuencia, sólo responden *intra vires hereditatis* y pueden distraer de la herencia la cuarta falcidia⁷⁴. Una prueba de la utilización del inventario en estos momentos aparece en el Formulario Notarial Castellano del siglo xv, que recoge una carta de inventario de bienes; de ella se deduce que el inventario puede ser rea-

71. Vid. nota 54.

72. *Fuero de las M. N. y L. Encartaciones. Abellaneda*, 17. "Item que por maleficio que el fijo faga e por deuda que deva que el padre nin sus bienes no sean tenidos nin obligados por el tal maleficio que el fijo ficiere nin por deuda que ficiere salvo si el padre tobiere algunos bienes del tal fijo que el fijo muerto el padre los heredase en cualquier manera que fuese en estonces facta aquella cuantia de bienes que el padre tobiere del hijo o heredase según dicho es el padre y sus bienes sean obligados a pagar fasta la dha. coantia"; *Fuero Biejo de las Encartaciones de Viscaya*, I, 34.

73. *Fuero de Cuenca*, 10, 15.; *Fuero de Béjar*, 245-247; *Fuero de Plasencia*, 475; *Fuero de Zorita de los Canes*, 199.

74. *Partidas* 6, 6, 7; 6, 6, 10 y 6, 9, 3; *Constitutions de Cathalunya*, vol. I, 6, 8, 1-3; vol. II, 6, 4, 1; *Código de Tortosa*, 6, 6, 6.

lizado por los ejecutores testamentarios del causante y debe ser anunciado para que al mismo asistan los acreedores y los legatarios que pudiesen tener un interés definido⁷⁵. El derecho aragonés, en este orden de cosas, reacciona contra el derecho romano, aferrándose a su sistema tradicional. Se rechaza la institución del inventario, puesto que de acuerdo con los Fueros *haeredes non tenentur ultra vires haereditarias, etiam si non fecerint inventarium*⁷⁶.

13. Cabe, ahora, plantearse la siguiente pregunta: ¿qué suerte siguen las donaciones que el *de cuius* hubiese otorgado durante su vida en favor de alguno de sus descendientes?, ¿deben ser aportadas o colacionadas a la masa de bienes? El problema interesa para fijar y delimitar los bienes que en un momento posterior han de ser divididos entre los coherederos. Nuestro propósito es centrar el problema sobre el régimen jurídico de esas donaciones. La cuestión relativa al destino de los bienes adquiridos por el hijo no emancipado no interesa en este momento, puesto que la razón de ser de su colación tiene un origen distinto: la existencia de la patria potestad, o lo que es igual, que en el momento en que el hijo adquiriera estos bienes se encuentre sometido a ese régimen jurídico especial⁷⁷.

La colación en el derecho romano, en un momento final de su

75. *Formulario Notarial Castellano del siglo XV*, 48. Nota de carta de inventario. "Sepan quantos esta carta de publico instrumento vieren como yo fulano ..., ante fulano, alcalde en tal lugar y en presencia de mi fulano escrivano de nuestro sennor el Rey e su notario publico en la su corte, ..., escrivano publico del número, de tal lugar e de los testigos de yuso escriptos, pareció y presentes fulano e fulano, vesinos de tal lugar e dixerou: que por quanto ellos fueron testamentarios de anima del defunto..., e ellos querian faser inventario de los bienes... por ser obedientes e non caer en pena alguna, por ende que pedía e pedio al dicho alcalde que mandase pregonar algund creedor e legatario a quien pertenesca a ver faser el dicho inventario que querian faser..."

76. *ORA V, De testamentis*, 12 (S. y P. II, 39 a).

77. Cfr. P. MEREÁ, *O poder paternal na legislação visigótica*, en *Estudos de direito visigótico* (Coimbra, 1948) p. 1-22; *Notas sobre o poder paternal no direito hispânico medieval*, en *Estudos de direito hispânico medieval*, I (Coimbra, 1952) p. 83-112; A. OTERO, *La patria potestad en el derecho histórico español*, en *A.H.D.E.* 26 (1956) p. 209-241.

evolución, se funda en la presunción de que el causante no ha querido tratar con desigualdad a ninguno de sus descendientes por el hecho de haber otorgado en favor de uno de ellos una donación, admitiéndose la posibilidad de que el ascendiente dispense de la colación. Desde el punto de vista que nos interesa son objeto de colación las donaciones concedidas con ocasión del matrimonio de algún descendiente, es decir, la dote y la *donatio propter nuptias*; las donaciones ordinarias se colacionan en el supuesto de que el ascendiente lo disponga expresamente o bien cuando otros descendientes vengan obligados a aportar la dote o la *donatio propter nuptias*. El incumplimiento de la colación produce la pérdida de los derechos hereditarios del obligado a ello ⁷⁸.

14. A partir de la legislación visigoda y hasta el momento mismo de la recepción, el fundamento mismo de la colación sufre una alteración. Esa idea que anima el derecho justiniano de que la colación se basa en la presunción de no tratar con diferencia a los descendientes no ha sido entendida y, en consecuencia, ha desaparecido. En efecto, en el *Liber Iudiciorum* la razón de ser de la institución se basa en un principio sucesorio distinto: todos los descendientes gozan, en principio, de iguales derechos en la herencia del ascendiente. La finalidad apuntada y que viene a cumplir la colación se deduce claramente de la ley de Chindasvinto, que regula la institución. Mediante la colación de las donaciones que los descendientes han recibido del ascendiente se consigue que *inter heredes quoquequatio fiat*, es decir, una igualdad entre todos los herederos. De aquí que el ascendiente no pueda dispensar de esa obligación a los descendientes; pero ello es posible a través de una institución nueva: cuando la donación se otorga en concepto de mejora, dentro de los límites establecidos por la ley, no es colacionable. La frase *excepto id, quod parentes filiis iuxta leges fortasse donaverint*, hace alusión a la facultad de mejorar concedida a los padres y a los abuelos en beneficio de alguno de los hijos o de los nietos ⁷⁹.

78. B. BIONDI, *Diritto creditario romano* cit. p. 438 s.

79. *Lex Visigothorum*, 4, 5, 3. *De his, que parentes tempore nuptiarum dederint*. "Quidquid indiscreta parentum voluntate decernitur, legali necesse est censura coerceatur. Idcirco, quia plerumque parentalis calliditas exigit,

La colación así configurada en el derecho visigodo, superado en el vacío de los siglos IX al XI, vuelve a aparecer en el derecho de los fueros extensos. Es evidente que su existencia obedece al principio de que todos los hijos participan por igual en la herencia del padre. Los textos son claros en este sentido: *quia cum ad partitionem venerint, pariter debent habere ea que parentum decessorum fuerint* (Fuero de Cuenca), “et por que de derecho los fijos egualmientre deuen heredar los bienes del padre et de la madre” (Fuero de Soria), “si el hermano toma los paynnos a sus hermanos en particion et teniendos estos paynnos partirá por cogal” (Fuero de Viguera y Val de Funes), “ca non puede dar padre nin madre mas a un fijo que a otro mas de çincos sueldos” (Libro de los Fueros de Castilla) ⁸⁰.

id tempore nuptiarum filiis dare, quod quodocumque voluerint auferendi haec potestatem, abrogate deinceps eadem, qua predictum est, parentum calliditate, hac perpetim lege mansurum per omnia noverint: ut, si quid seu per scripturam sive per traditionem rei (Erv. per traditionem rei, seu per scripturam sive per donationem cuiuslibet rei vel coram testibus tradite)... in mancipiis, terris, vineis, edificiis, vestimentis adque ornamentis fuerit a parentibus sive nuptiarum tempore sive post nuptias filiis quocumque modo donatum, quodcumque inde filii iudicare voluerint, in eorum consistat arbitrio; eodem tantum ordine reservato, ut post parentum obitum, dum filiis patuerit adeunda successio, excepto id, quod parentes filiis iuxta leges fortasse donaverint, eadem inter heredes quoequatio fiat: ut, quod nuptiarum tempore filius vel filia a parentibus iuxta predictum ordinem possidentium accepit, et licentia sit ille exinde quod voluerit iudicandi, et post parentum obitum aderatione adibita, contropatis his, que tempore nuptiarum promeruit, adque heredibus ceteris eadem compensata equalitate, quidquid super de parentum esse hereditate consisterit, equali teneant hac sequantur divisione”; cir. sobre mejora *Lex Visigothorum* 4, 5, 1 Chind.

80. *Fuero de Cuenca*, 10, 22. *De donis que pater et mater filiis suis dederint in die nuptiarum*. “Cum parentes filiis, aut filiabus suis nuptias fecerint, quicquid eis dederint, ratum habeatur, si ceteri fratres de tot reintegrari potuerint. Quia cum ad partitionem uenerint, pariter debent habere ea que parentum decessorum fuerint. Si in die partitionis alii fratres, qui nondum acceperant, non habuerint unde possint reintegrari, tradant ad partitionem quantum de subera sui parentis pre aliis habuerant, ut ita parificari possint, tamen prius omnibus debitis solutis; sicut dictum est”; *Fuero de Zorita de los Canes*, 206; *Fuero de Béjar*, 255; *Fuero de Plasencia*, 477; *Fuero de Teruel*, 438; *Fuero de Soria*, 330. “... Et por que de derecho los fijos egual mientre deuen heredar los bienes del padre et de la madre, et el padre et la madre non puedan dar más al un fijo que al otro, si non por

En orden a la obligación de la colación encontramos varias soluciones en el derecho medieval. El Fuero de Soria y el Fuero Real, fieles al modelo visigodo, recogen el sistema de mejoras y establecen, por tanto, que las donaciones de los ascendientes no son colacionables cuando hubiesen sido otorgadas en concepto de mejora en la cuantía y en la forma establecida⁸¹. En el derecho de Cuenca, por el contrario, al no admitirse la mejora, la colación procede siempre, salvo que en el caudal relicto existan bienes suficientes para que los descendientes, que con anterioridad a la muerte del ascendiente no hubiesen recibido nada, puedan ser igualados en la partición⁸². El sistema del Fuero de Cuenca puede hacer pensar que la mejora hubiese desaparecido en el derecho de los primeros siglos de la Reconquista. No creemos que haya ocurrido así, sobre todo si se tiene en cuenta que existe en el derecho consuetudinario castellano, si bien en términos distintos que en el derecho visigodo⁸³. Sin embargo, en ese mismo derecho encontramos otra solución diferente al mismo problema: la donación del ascendiente no es colacionable cuando es consentida por los hermanos del que la recibió⁸⁴.

meioria en aquella quantia que dicho es..."; *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 76. *De hermano qui torna sus paymos en partición*. "Otrossi si el hermano torna los paymos á sus hermanos en particion et teniendo estos paymos partirá por eogal é si oviere alguno dellos ó rotos o espendidos pague un ss. por cada payno si quiere vala XXX ss. el payno si quiere un dinero, ó jure que no tiene más de aquellos paymos"; *Libro de los Fueros de Castilla*, 125. "... Ca non puede dar padre nin madre mas aun fiijo que a otro mas de cinco sueldos. Mas puede dar a nietos o a nietas un dado qual quisiere, sacada las meiores casas. Et sy non ouyere mas de unas casas, puede dar la meoatad o el tercio o el quarto..."

(81) *Fuero de Soria*, 330 en nota 80; *Fuero Real*, 3, 5, 10; cfr. ROMERO VIELTEZ, *La mejora* (Madrid, 1936) p. 42 s.

82. *Fuero de Cuenca*, 10, 27: "Propter predictas rationes mandamus, quod neque pater, neque mater aliquid possint dare alicui filiorum suorum, neque sani, neque infirmi; set omnes equaliter accipiant, tam in mobili, quam in radice"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 211; *Fuero de Plasencia*, 478; *Fuero de Teruel*, 442.

83. *Libro de los Fueros de Castilla*, 125 en nota 80; en el mismo sentido *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 6.

84. *Libro de los Fueros de Castilla*, 125. *Título de la heredad o ropa que padre et madre dan a fiijo en casamiento*. "Esto es por fuero: que sy padre o madre dan a fiijo heredad o ropa en casamiento o coçedras o sauau-

Las Partidas reciben la colación romana tal como había quedado configurada en el derecho justinianeo. En consecuencia, permiten que no sea exigible "si el padre dixere señaladamente, quando gela daba, o en su testamento, que non queria que gela contasen en su parte"⁸⁵. Pero el sistema de Partidas es alterado por las Leyes de Toro, más de acuerdo con el derecho tradicional castellano, al considerar inoficiosa toda donación que exceda de la legítima y del tercio y quinto de mejora; fuera de esos límites la donación es colacionable en todo caso y aunque el heredero renuncie a la herencia está obligado a la colación⁸⁶.

En Cataluña, en general, no existen disposiciones concretas referentes a la colación y es de aplicación el derecho romano justinianeo. En el derecho de Tortosa se dispone la aportación a la masa hereditaria de los bienes entregados por los padres durante su vida a los hijos. El incumplimiento de esta obligación determina la pérdida de todo derecho en la herencia intestada de los padres, ya que en ésta todos los hijos heredan por partes iguales. Sin embargo, si lo recibido por el hijo en vida de los padres no llegara a cubrir el importe de su legítima, puede solicitar lo que aún falte para completarla. En la herencia testada, para el pago de la legítima se debe tener en cuenta la dote, las donaciones matrimoniales y los demás

nas o otra tal ropa o colchas o otra ropa que sea de yasser e ouyere otros fijos et otras fijas que sean de tiempo e non otorgaren o non sean de hedat para otorgar et viene atempo que muere el padre o la madre e demandan los otros fijos, que adugan la heredat apartiçion o la ropa, osy non entergue se cada uno de sennos tantos sy ouyere de que. Et sy non ouyere de que, que aduga la heredat o la ropa apartiçion qual fuere usada e con su salua que aquella es la ropa e non an mas de aquella..."; *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 6. "Si el padre, o la madre dan a suo fijo o a sua fija, alguna heredat en casamiento, o sin casamiento, o dan a la sua fija otra ropa que sea de yacer, o vaso de plata..." (El resto coincide con el Libro de los Fueros de Castilla.)

85. *Partidas* 6, 15, 3: "... Otrosi decimos, que la dote, ó el arra ó la donaçión, que el padre diere en casamiento á alguno de sus fijos, se debe contar en la parte de aquel á quien fué dada; fueras si el padre dijese señaladamente, quando gela daba, ó en su testamento, que non queria que gela contasen en su parte. Esto ha logar, quando los hermanos tan solamente heredan los bienes de su padre ó de su madre..."

86. *Leyes de Toro*, 29.

legados hechos por actos de última voluntad⁸⁷. En un documento de aplicación del derecho de 1283 vemos cómo la dote se recibe precisamente en ese concepto, *pro hereditate et legitima mea paterna et materna*⁸⁸. En Lérida, de acuerdo con la costumbre *In quibus consistit ius nostrum*, al no existir normas que se refieran de una manera directa habrá que atender en primer lugar al derecho visigodo, anteriormente expuesto, y después al romano.

La colación de bienes no existe en el derecho aragonés. En las Observancias del Reino de Aragón de modo categórico se afirma: *quia non habemus de Foro collationem bonorum*⁸⁹. Consuetentemente los padres o el cónyuge sobreviviente, en el estado de herencia indivisa, pueden otorgar donaciones matrimoniales a los hijos sin que sobre éstos pese la obligación de colacionar esos bienes cuando aquéllos mueran. Queda claro, pues, su derecho a partir en igualdad de condiciones con los otros hermanos en la herencia paterna o materna, salvo que el hijo beneficiado hubiese hecho *diffinimentum* o renuncia a ese derecho que se le concede⁹⁰. A pesar de que

87. *Código de Tortosa*, 3, 13, 3. "Certa cosa es qu'els bens del pare e de la mare morts entestats, los fills e les filles d'ells los se deuen partir per egual part; si doncs algu d'aquels fills o filles no auia ja tant pres, e aguts dels bens del pare e de la mare, que valguessen la part a ell pertaynent, car lá doncs auria la sua part a tornar, en comu, si part volia d'aquels bens, car si no la y volia tornar, no li deu hom donar d'aquels bens part, ne la y pot demanar." "Pero si compliment de par no auia, pot demanar lo compliment de la sua part, que li pertayn"; cfr. *Constitutions de Catalunya* 8, 9, vol. I.

88. Cfr. *Colección diplomática de Besalú*, 1208 (a. 1283).

89. *ORA V, De iure dotium*, 17.

90. *ORA IV, De donationibus*, 1. "Observatur, quod parentes dare possunt filio quando contrahit matrimonium, secundum usum Aragonum, plures haereditates; vel plura bona, et valebit illud donum: et hoc non obstante habebit partem in aliis bonis parentum, nec tenetur facere collationem suo casu cum aliis fratribus" (S. y P. II, 31 a); *ORA V, De iure dotium*, 17. "Item, pater vel mater superstes si bona defuncti inter fratres remanent indivisa: potest dare antequam fiat divisio filiis de mobili et sedenti indivisis, quod sibi visum fuerit in matrimonio quod contraxit licet aliqui supersint qui non contraxerint: et si non fecerit diffinimentum qui contraxit, dividet nihilominus bona quae remanent indivisa cum aliis fratribus: quia non habemus de Foro collationem bonorum, secus si diffiniverit, quia tunc non habet locum ius succedenti vel dividendi, aut partem petendi cum aliis fratribus id quod superest" (S. y P. II, 33 b).

En Aragón no se reconoce la colación como institución, existe otro camino para conseguir sus mismos efectos: los hermanos pueden impugnar la donación otorgada a uno de ellos por inoficiosa, cuando sea tan cuantiosa que no les permita conseguir su derecho en la herencia⁹¹. De otra parte, el principio aragonés consagrado en las Observancias no resulta tan extraño si se piensa que en su sistema de sucesiones no se parte del supuesto de que todos los hijos gozan de iguales derechos en la herencia paterna o materna; la parte que ha de quedar a cada uno de los hijos, y en razón de la cual pueden impugnar por inoficiosa la donación, debe ser la que baste para alimentarlos o dotarlos.

15. Desde el punto de vista que nos ocupa, son colacionables todas las donaciones de los ascendientes en favor de los descendientes. El derecho romano, sin embargo, distinguía entre donaciones matrimoniales y donaciones simples, puesto que la colación de unas y otras seguía un régimen distinto. Esa distinción desaparece ya en el *Liber Iudiciorum* al establecer la misma regulación para las donaciones otorgadas con ocasión del matrimonio de los hijos o en otro momento cualquiera. En el mismo sentido se manifiesta el derecho territorial castellano y el de algunos fueros extensos. En el Fuero Viejo de Castilla, a este efecto, encontramos la siguiente expresión: "en casamiento, o sin casamiento", que equivale a aquella otra del Fuero de Soria: "en casamiento o en otra manera"⁹². El Libro de los Fueros de Castilla recoge un supuesto interesante desde el punto de vista de la colación: se trata

91. *ORA IV, De donationibus*, 2. "Item observatur, quod si parentes dederint uní ex filiis plures haereditates, et non habuerint alia bona parentes, ubi partem suam alii filii possint consequi: si illi filii voluerint impugnare dictam donationem, possunt, sed aliquis alius tertius non potest illam donationem impugnare: neque creditor, qui non habet specialem obligationem" (S. y P. II, 31 a); cfr. MOLINO, *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum* (Zaragoza, 1585) p. III.

92. *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 6 en nota 84; *Fuero de Soria*, 330. "Toda cosa que el padre o la madre diere a alguno de sus fijos en casamiento o en otra manera, saluo si gelo diere por meioria en aquella guysa que manda el fuero, o si gelo diere por soldada de seruicio quel fizo segund que la darie a otro omne estranno por aquello quel siruiesse, sea tenido el fijo de lo adozir apartiçion con lós otros hermanos depues dela muerte del padre o dela madre que gelo dio. Et si anos gelo dieren de consumo

de la heredad donada por el padre al hijo, que, a su vez, la cede a un tercero de quien la vuelve a recibir mediante un contrato simulado de compraventa; si los restantes hermanos prueban el fraude, procede la colación; en caso contrario, el hermano que realizó el contrato "deue se saluar en los sanctos que no es para el aquella compra" ⁹³. Las Partidas adoptan el sistema romano y con respecto a las donaciones simples disponen su colación en tanto en cuanto el hijo beneficiado exija de sus hermanos la aportación de los bienes que recibieron de los padres en el momento de su matrimonio ⁹⁴. Nuevamente, las Leyes de Toro no distinguen entre unas y otras donaciones, pero ANTONIO GÓMEZ, entre otros, diferencia las donaciones simples de las donaciones *ob causam* y considera colacionables sólo estas últimas además de las matrimoniales: *Lex 29 Tauri quae expresse dicit, quod dos et donatio propter nuptias et aliae donationes conferuntur, debet intelligi de similibus donationibus, scilicet, ob causam, non autem de simplicibus* ⁹⁵.

Sobre los bienes donados por los ascendientes en favor de los descendientes y que no se colacionan, pocos datos encontramos en el derecho medieval. En el derecho territorial castellano se establece, a este respecto, la no colación del dinero entregado al hijo cuando contrae matrimonio o celebra su primera misa ⁹⁶. Las Partidas exceptúan de colación los libros y gastos que hiciesen los pa-

et el uno dellos muriere, el fijo ssea tenido de tornar apartición la mecatad de lo quel dieron en casamiento. Et si amos muriere, todo quantol dieron tornelo apartición con los otros hermanos..."

93. *Libro de los Fueros de Castilla*, 125. "... Et la hereditat que el padre da a fijo e da lo a otro omne por encubierta, sy fuere tiempo que los otros hermanos quieran demandar esta hereditat, non la deuen demandar a aquel quela compro, nin el quela compro non se deue saluar por ella; mas aquel su hermano cuya dise que es la compra, a aquel la deue demandar. Et sy viniere de conosciado o gelo pudiere prouar que para el es aquella compra, deue adusir aquella compra o partición. Et sy non fuere de conosciado, deue se saluar en los sanctos que non es para el aquella compra."

94. *Partidas* 6, 15, 4.

95. A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarius* (Venecia, 1591), com. n. 29.

96. *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 6. "... Mas si en casamiento dieren al fijo, o a la fija oro, o dineros, o ayuda de caudal, o quando cantare Misa, lo que el padre, o la madre dier en esta guisa a qualquier de los fijos, deuelo aver al que lo dieren por fuero, e non es tenuto de lo traer a partición:

dres en dar carrera a sus hijos⁹⁷. La razón de ello es clara, puesto que semejantes gastos se asemejan a los debidos por alimentos, que no se colacionan, y tiene, de otro lado, su antecedente romano en el Digesto 10, 2, 50. A estos gastos equipara la ley los causados para armar al hijo caballero.

16. La colación se reviste de ciertas medidas que aseguran su cumplimiento. Normalmente los bienes recibidos no pueden ser enajenados. En el Fuero de Zamora, en cambio, con el permiso del que otorgó la donación es posible que se pueda disponer de los bienes donados⁹⁸. Quizá pueda apreciarse en este fuero leonés cierta influencia del *Liber Iudiciorum*, ya que la ley 4, 5, 3 establecía *u.; quod nuptiarum tempore filius vel filia a parentibus iuxta predictum ordinem possidendum accepit, et licentia sit ille ex inde quod voluerit iudicandi*, pero con la obligación de que el valor de los bienes donados fuese fijado antes de su enajenación, con el fin de que en su momento todos los herederos puedan conseguir un derecho igual en la herencia. Sin embargo, la apreciación del valor de los bienes donados no existe en el Fuero de Zamora, pero no ha de extrañar puesto que las demás fuentes exigen que los bienes objeto de colación se determinen por el juramento, bien del coheredero beneficiado (Libro de los Fueros de Castilla, Fuero de Viguera y Val de Funes), bien del padre o de la madre que otorgaron la donación (Fuero de Alcalá de Henares, Fuero de Soria)⁹⁹.

esto se entiende que lo puede hacer el padre, o la madre, seyendo sanos, e non despues que fueren alechigados de enfermedad, nin a la hora de la muerte non pueden dar a un fijo mas que a otro ninguna cosa, salvo el quinto de todos sus bienes, que puede dejar por sua alma a quien quisier."

97. *Partidas* 6, 15, 5.

98. *Fuero de Zamora*, 9. *Delo que dan los padres a los fijos en casamiento*. "Fillo que padre o madre ouier, o auolo o auola que aya heredar, de quanto le dieren en cassamiento, non aya poder detender nem de donar nem de enagenar sin so mandado, de toda cosa que le dier padre o madre, o auolo o auola, o soglo o sogla. E quien delos comprar o engayar, perdalo."

99. *Libro de los Fueros de Castilla*, 125 en nota 84; *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 76 en nota 80; *Fuero de Alcalá de Henares*, 76. *Padre o madre que filia casare, el ajuar quel dieren*. "Padre o madre que filia casare, lassuvar quel dieren, si fore apreciado et muriere padre o madre, entreguense las hermanos, cada uno en la meitad; e quando muriere el otro pariente, entreguense cada uno de los hermanos en la otra medietad; e si

El incumplimiento de la obligación de la colación, en el supuesto de que los restantes herederos no puedan ser igualados en la partición o conseguir su legítima, produce en perjuicio del obligado a la misma su exclusión de la partición. Así en el Fuero de Soria: "et si non ouiere de que, finque con aquello que leuo, et los otros hermanos partan lo que fallaren"; en el Fuero de Viguera y Val de Funes, en sentido inverso, el cumplimiento de la colación da lugar a que el obligado participe con igualdad de derechos en la partición: "otrossi si el hermano torna los paynnos a sus hermanos en partición et teniendo estos paynnos partirá por eogal"; de una manera parecida el Código de Tortosa en el caso de herencia intestada: "car lá doncs auria la sua part a tornar en comu, si part volia d'aquels bens, car si no la y volia tornar, no li deu hom donar d'aquel bens part, ne la y pot demanar"¹⁰⁰.

II. LA PARTICIÓN DE LA HERENCIA.

17. La forma normal de disolución de la comunidad hereditaria es la partición de la herencia indivisa. Mediante la partición se pone fin al complejo fenómeno hereditario, que tuvo su comienzo con la muerte del *de cuius* y continuó con el llamamiento y adquisición de la herencia por los herederos. La división de bienes tiene por objeto atribuir a cada coheredero una parte concreta y determinada en los bienes de la herencia, sobre la que pueda ejercer un dominio pleno y absoluto. En este sentido, las Partidas definen la partición como "departimiento que fazen los omes entre sí, de las cosas que han comunalmente por herencia, o por otra razón"¹⁰¹.

non fore apreciado, qual que fore, tal lo de a particion, si lo oviere; e si mal metido lo oviere o no lo oviere, quanto valie el dia que levo, tanto se entreguen los hermanos. Et cada entrega sea del moble; e si non oviere moble, exeat de la raiz. El padre o la madre que fuere vivo, por su palabra sea creido, de todo quanto dieren"; *Fuero de Soria*, 331. "Toda cosa que el padre et la madre conosciere sobre sus almas que dieron en casamiento o en otra manera a alguno de los fijos por que lo deua adozir aparticion con sus hermanos, sseyan creydos, et maguer los otros non lo conoscieren. Et si el uno dellos gelo dio et lo conosciere, sseyan creydo..."

100. *Fuero de Soria*, 330 en nota 92; *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 76 en nota 80; *Código de Tortosa*, 3, 13, 3 en nota 87.

101. *Partidas* 6, 15 .1.

Puede ocurrir que la partición no sea necesaria, bien porque todos los bienes hayan sido invertidos en el pago de deudas, bien porque se hayan reunido en un sólo sujeto todos los derechos sobre la herencia. En uno y en otro caso la partición no procede. En el primero ya que no existen bienes que partir, en el segundo porque faltan personas entre las que se deba dividir la herencia.

La delimitación de la masa de bienes es una tarea previa al momento de la partición. El caudal relicto ha podido sufrir una disminución, caso de que la comunidad haya tenido que atender al cumplimiento de las cargas de la herencia, pero también un incremento, si ha tenido lugar la colación de bienes. Un tercer supuesto ayuda a fijar la masa partible: el examen de la partición de bienes entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto. Una vez terminada la masa sobre la que se ha de hacer recaer la partición es necesario ocuparse de las formas de partición, del régimen especial que siguen aquellos bienes que por naturaleza son indivisibles, de las operaciones materiales que la partición lleva consigo y, finalmente, de la eficacia de la partición.

18. Disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente viene obligado a partir los bienes adquiridos durante el matrimonio con los herederos, hijos o parientes, del premuerto o bien a restituir los bienes que este aportó para ayudar a llevar las cargas matrimoniales.

El estudio de la partición que nos ocupa ha de hacerse en relación con el régimen económico bajo el cual se constituye el matrimonio ^{101 bis}. La comunidad entre marido y mujer de los bienes adquiridos durante el matrimonio es el régimen económico matrimonial más desarrollado en el derecho medieval de Castilla, Navarra y Aragón. No quiere esto decir, sin embargo, que el régimen señalado sea exclusivo del derecho de los reinos de la Reconquista, puesto que ya estaba previsto en el *Liber Iudiciorum*. En efecto, la ley 4. 2. 16 establece que los bienes ganados durante el matrimonio sean adquiridos por ambos cónyuges en proporción al patrimonio de cada uno de ellos, salvo cuando la diferencia de patrimonios fuese insignificante. Esta forma peculiar de adquirir esos bienes

^{101 bis}. P. MEREJA: *Evolução dos regimes matrimoniais*, I y II (Coimbra, 1913).

repercute, como es lógico, en la división de los mismos¹⁰². En el derecho medieval, en cambio, al adquirirse los bienes ganados durante el matrimonio por mitad, la división se lleva a cabo por partes iguales entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto.

Este tipo de partición ha sido el régimen normal en el derecho castellano leonés, posiblemente desde un primer momento. Nos lleva a ello la consideración de que aparezca con iguales características en las fuentes territoriales como en las locales de ese derecho. Incluso, si bien de una forma casuística, el Libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo nos brindan elementos para aclarar lo que deba entenderse por bienes gananciales. En la primera fuente citada se dispone que los herederos del cónyuge premuerto no tienen derecho a partir en la heredad adquirida durante el matrimonio "fuera sy fue puesto por paramiento de entre ambos quando la heredad ganaron por sus dias"¹⁰³; en el Fuero Viejo se establece que no son gananciales las cabezas de ganado aportadas por uno de los cónyuges al matrimonio, pero sí las crías habidas durante el mismo y, por tanto, sólo estas deberán ser par-

102. *Lex Visigothorum*, 4, 2, 16. *De his, que vir et uxor in coniugio constituti conquirere potuerint*. "Dum cuicumque dignitatis aut mediocritatis mariti persona uxori fuerit nobiliter adque competenter adiuncta, et pariter viventes aliquid augmentaverint vel in quibuscumque rebus quippiam profligasse visi fuerint, adque proveniat, ut unus ex his maioris rei et facultatis dominus sit, de omnibus augmentis et profligationibus pariter conquistis tantam partem unusquisque obtineat, quantum eius facultatem fuisse omnis sibi debita vel habita possessio manifestat; ita ut si equales habundantiae domini sunt, pro parvis rebus contentionis intemperantia non adsumant; quia difficile est, ut in tante equitate facultas eorum possit equari, ne in quocumque videatur una pars alteri superesse. Nam si evidenter unius facultas alterius possibilitatem transgredi videatur ut superius dictum est, iuxta quantitatem debite possessionis erit et divisio portionis, quam sibi post uniuscuiusque mortem vindicabit persona suprestis, et aut filiis suis aut propriis relinquet heredibus aut certe de ea facere quod voluerit licentiam abtinebit. Eadem quoque hordinationis forma tam in viris quam in uxoribus erit omnimodis observanda." Cfr. P. MEREA, *Sobre a comunhão de adquiridos do Direito Visigótico*, en *Estudos de Direito visigótico* (Coimbra, 1948) p. 49 s.

103. *Libro de las Fueros de Castilla*, 107. *Título del heredamiento que marido e muger ganau de los monesterios para en sus dias*. "Esto es por fuero, que sy marido e muger an una heredad ganada de monesterio por sus dias e an fijos o fijas e muere el marido o la muger e demandan los

tidas entre el sobreviviente y los herederos del cónyuge premuerto¹⁰⁴. Expresamente en los fueros extensos se establece la partición por mitad de estos bienes¹⁰⁵. Posteriormente la evolución del derecho castellano es clara, en cuanto que la partición por mitad de los bienes ganados durante el matrimonio persiste incluso en el derecho de la recepción. En las Partidas, concretamente, a pesar de que el régimen económico matrimonial se basa en la dote y en la donación *propter nuptias* y de que disuelto el matrimonio cada cónyuge aparta para sí o para sus herederos lo suyo libre de todo gravamen, se admite la posibilidad de que a través del pacto o acuerdo los cónyuges establezcan la partición de los bienes adquiridos durante el matrimonio¹⁰⁶. Las Leyes de Toro recogen el régimen tradicional de partición de los gananciales por mitad¹⁰⁷.

fijos al pariente viuo queles de parte de la renta de aquella heredit, non les deue dar parte de la renta de aquella heredit a los fijos, fueras sy fue puesto por paramiento de entre ambos quando la heredit ganaron por sus dias, e mostrandolo como es derecho."

104. *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 10. "Si un ome e una muger casau en uno, e el uno dellos aduce bacas, o ovejas o puercos, o cabras o yeguas, o algund otro ganado, e despues facen fijos, e muer algund dellos el padre o la madre, e dejan fijos, e demandan los fijos particion al pariente vivo, e el pariente vivo dales partición desto del mueble, e de la eredit, e no les quier dar parte del ganado, que auia ante que casase, nin de la criaçon que ficieron despues que casaron en uno, de los ganados que auian ante que casasen, el pariente viuo mostrando, como es suo, como es derecho, non dará particion á los fijos del ganado que traia, mas deueles dar particion de toda la criaçon que fiço aquel ganado."

105. *Fuero de Cuenca*, 10, 8. *De separatione uxoris et mariti*. "Cum maritus et uxor aliqua occasione abinuicem uoluerint separari, diuidant equaliter inter se quecumque simul adquisierint, et non aliud; et diuidant laborem, quem ambo in radice alterius fecerint. Et postquam unus eorum, qui in uita fuerint separati, decesserit, ille qui superuixerit, nichil de bonis eius accipiat, set heredes defuncti accipiant omnia bona sua et diuidant inter se"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 192; *Fuero de Brihuega*, 285. *Por buena de marido et mugier*. "Toda buena que compraren o ganaren marido et mugier, de mueble o de rayz: a la fin del uno partan la por medio"; *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, 181; *Fuero de Soria*, 338. "Pero que toda cosa que el marido et la mugier ganaren, o compraren o meioraren después que casaren en uno deuen partir los herederos del muerto con el que fincare viuo por meiad..."

106. *Partidas* 4, 11, 7 y 23; 4, 12, 24.

107. *Leyes de Toro*, 16.

El mismo sistema encontramos en Navarra¹⁰⁸. El Fuero General distingue entre villanos e infanzones. En el primer caso, cuando se disuelve el matrimonio de villanos por la muerte de uno de los cónyuges procede la partición por mitad de todos los bienes, muebles e inmuebles, adquiridos durante el matrimonio¹⁰⁹; en el segundo sólo se parten los inmuebles por mitad¹¹⁰.

En Aragón, el estudio de la partición que tiene lugar a la muerte de uno de los cónyuges debe hacerse en función del siguiente principio: los bienes inmuebles ganados en común no se parten si el sobreviviente permanece en el estado de viudedad; solamente, en este caso, los bienes muebles son objeto de partición¹¹¹. Cuando

108. *Fueros de la Novenera*, 231. *De partición de padre o de madre con fillos*. "Todo ombre que padre o madre sea et deuiene del uno et el otro parte con sus fillos et suert quieran ytar en casas o en pieças o en uinñas, en su fe estando el padre o la madre, de quoyal se pagare prendrá sen suert, bonos ombres partiendo o maestros"; *Fuero de Estella*, 1.164, 11. *De marit*. "Si maritus illi moritur, et habet inde filios, et postea uult ducere alium maritum, mulier illa debet partire totum quantum examplabit cum suo marito primo, cum filiis, auere et honore, per medietatem..."; *Fuero de Estella*, 1.164, 12. *De homine mortuo*. "Siquis moritur et non fecerit testamentum ad obitum mortis, et remanserint parui filii, et mater ducit alium maritum, parentes filiorum possunt partire, et cognoscere partem patris filiorum et dare fermes et accipere, et si mater uoluerit tenere filios suos cum honore et auere, debet dare mater bonas fidancias parentibus filiorum, quod quando filii peruenerint ad perfectam etatem redeat illis predictum honorem et auerem..."; *Fuero de Viqueña y Val de Funes*, 393. *Particion muger con hijos*. "Et si muriere el marido o la muger, el que fincare debe partir con losijos o los parientes del muerto con carta o firmanzas complidas todos los bienes que en uno ganaron moble ó rayz..."

109. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 22. *Cómo quando villanos casados oviedoijos de ganancia muere el uno, el otro parte con eyllos, et los de pareylla cómo*. "...; mater si ovieren conquista ó ganado heredamientos ningunos, prenga la meatat destos heredamientos el bivo, et del mueble; ..."

110. *Fuero General de Navarra*, 4, 2, 3: "... Si est yfanzon dixiere á sus creaturas, non puedo ser que non case et prendet vuestra suert, si quisieren prendrán; si non quisieren prender, el padre no los puede constreyner, mas casará, et terrá casa con la myller et con los fillos. Et tiempo passado si las creaturas quisieren et dixieren al padre, datnos nuestro dreyto, dévelis dar el padre, si arras ha las arras por suert, si no la meatat de la heredades ovieren á partir, vayan á cada villa ont las heredades son, et iten suert qual será la suert de la madre, ó quoyal será la suert del padre..."

111. *OR.A I*, *De secundis nuptiis*, 2: "Item, bona mobilia omnia mortuo

por el contrario, el sobreviviente contrae un nuevo matrimonio la partición habrá de realizarse sobre todos los bienes adquiridos en común, tanto muebles como inmuebles, descontados los gastos de sepultura las deudas y los bienes que suelen excluirse en beneficio del superstite¹¹².

En Cataluña, con independencia del régimen dotal, de aplicación general en el territorio, existen determinados pactos matrimoniales en virtud de los cuales se constituyen asociaciones análogas a la de gananciales. Una de ellas es la llamada *asociación a compras y mejoras*, peculiar de la comarca conocida con el nombre de "Campo de Tarragona" y que determina una liquidación de las compras y de las mejoras a la muerte de uno de los cónyuges¹¹³. En Tortosa la asociación o hermandad conyugal —*agermanament* o *companya*— presupone una fusión de todos los bienes aportados al matrimonio o adquiridos durante el mismo; disuelto el matrimonio los bienes se parten por mitad, *mig per mig*, entre cada cónyuge o entre el sobreviviente y los herederos del premuerto¹¹⁴. En el Valle de Arán ha existido la costumbre llamada *convinença en*

altero coniugum: statim debent dividi inter superviventem, et haeredes: immobilia autem non, si vult tenere viduitatem supervivens" (S. y P. II, 37 a).

112. *FRA V, De secundis nuptiis*, 1.247: "Quicumque mortua prima uxore, vult contrahere cum secunda, vocatis proximioribus parentibus filiorum primae uxoris ex parte matris, ipsisque praesentibus, debet dividere fideliter omnia bona mobilia, et immobilia quaecumque habuit cum uxore, quo facto, incontinenti debet eis ostendere et tradere medietatem omnium rerum divisarum: abstractis tamen inde convenienter expensis factis in defunctione uxoris a die qua decessit, usque ad diem qua fuit sepulta, tamen pater debet accipere ante partem, unum lectum paratum de bonis pannis, et duas bestias aptas ad laborandum cum suis apparamentis, si tamen faciunt laborare. Divisio vero debet fieri cum instrumento publico per alphabetum diviso, cum fidantiis, et testibus: et sic divisio facta valeat in perpetuum. Tamen quandocumque pater voluerit dare partem filiis, compellantur filii recipere, si incontinenti vult tradere eis partem ipsorum: aliter compelli non debet idest si incontinenti nollet eis traderé. Idem est de matre" (S. y P. I, 234 b); *Tilander*, 228, y *Fuero de Jaca*, 40.

113. G. M.^o DE BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña* (Barcelona, 1918) p. 833 s.

114. *Código de Tortosa*, 5, 1, 20. "Dit es desus de matrimoni qu'es fa ab exouar. En aquest titol es contengué d'aquel matrimoni qu'es fa sens cert dot e's fa mig per mig, lo qual matrimoni es comparat a companya, e a agermanament. On si aytal matrimoni's fa han lo marit et la muller tot quant han

mitja guardayeria, según la cual las ganancias realizadas durante el matrimonio se dividían por mitad entre ambos cónyuges ¹¹⁵.

En Vascongadas la partición de bienes entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido se estructura de manera distinta según el derecho peculiar de cada territorio. En Vizcaya la partición de los bienes adquiridos durante el matrimonio sólo procede cuando este se disuelve sin hijos ¹¹⁶; sin embargo, cuando las mejoras han recaído sobre bienes procedentes del tronco de uno de los cónyuges no existe partición de las mismas, sino indemnización por la mitad del valor de las mejoras efectuadas ¹¹⁷. Un sistema

ue nuyt temps esperen auer ñe guayar mig per mig durant lo matrimoni entr'ells; e cascu pot fer sa volentat de la sua meytat, axi com de cosa sua propia, sens contrast e embarch de nuyta persona, solt empero lo matrimoni per mort o per altra rao."

115. G. M. BROCA, *Historia del Derecho de Cataluña* cit. p. 884.

116. *Fueros de Vizcaya*, 20, 11. "Primeramente, dixeron: Que avian de Fuero, y establecían por Ley, que casados marido, y muger letimamente, si huvieren hijos, ó decendientes legítimos de en uno, y quedaren de aquel Matrimonio vivos (siendo suelto el Matrimonio) todos sus bienes de ambos, y dos, muebles, y rayzes assi en possession como en propiedad (aunque el marido aya muchos bienes, y la muger no nada, ó la muger muchos, y el marido no nada) sean comunes á medias; y aya entre ellos hermandad, y compañía de todos sus bienes. Y en caso, que el Matrimonio se disuelva sin hijos, ni decendientes (por ser toda la raiz de Vizcaya troncal) que si en el tal Matrimonio ambos marido, y muger, ó alguno de ellos truxiere en dote, ó donacion bienes rayzes; los tales se buelvan, y queden con el que los truxo: Y si alguno dellos vino á casa, y caseria del otro con dote, ó donacion de mueble, y semoviente; que suelto el tal Matrimonio sin hijos, el tal, ó sus herederos, ó sucessores, salgan con lo que truxo, y con la meytad de los mejoramientos, y multiplicado constante Matrimonio."

117. *Fueros de Vizcaya*, 20, 8. "Otrosi, dixeron: Que avian de Fuero, y establecían por Ley, porque acaece que entre marido y muger, constante Matrimonio, se hazen compras de heredades, ó edificios, ó mejoramientos en tierra, y heredad que proviene de el marido, ó de la muger: Y suelto el Matrimonio sin hijos, ó decendientes, ay debate entre los profincos, sobre quales llevaran estos bienes. Por ende ordenavan, y ordenaron, que los mejoramientos hechos en tierra y heredad, que proviene de el marido, ó si la tal compra venia de su tronco; que en tal caso (muerto el marido) los herederos, y profincos suyos lo hereden, pagando á la muger, ó a sus sucessores la meytad de el justo precio de la tal compra, ó mejoramiento: Y si la tal compra, o mejoramiento provenia de la muger, ó su tronco, lo hereden sus profincos, y sucessores, pagando al marido, ó a sus sucessores también la

distinto presentan los Fueros de las Encartaciones, puesto que la partición se limita al mueble ganado durante el matrimonio, salvo que los cónyuges se "adoten" por cartas y fianzas en todos los bienes muebles y raíces, como está previsto en el Fuero del Albedrío; este régimen es el norma en las tierras de Somorrostro, Sopena, Carranza y Trucios, donde no es necesario "adotarse" para conseguir aquellos efectos ¹¹⁸.

19. Cuando el matrimonio se ha organizado bajo el régimen económico de unidad de bienes, tanto de los aportados al matrimonio por cada uno de los cónyuges como de los adquiridos durante el tiempo de duración de la unión matrimonial, no tiene lugar partición alguna a la muerte de uno de los cónyuges, puesto que el sobreviviente es en este supuesto el heredero universal del cónyuge premuerto. Precisamente en un documento leonés de 1185, en el que se contiene una carta de unidad de bienes, se prohíbe que los hijos partan la herencia *in vita del que remanecere* ¹¹⁹. En Aragón

meytad de el justo precio dello: Con que el marido, ó muger, y cualquiera dellos, que vivo quedare en su vida, pueda gozar, y posscer libremente la meytad: Y en fin de sus días, se haga, y cumpla lo que de suso está declarado."

118. *Fuero de las Encartaciones. Abellaneda*, 43. "Item si el marido morier ó la muger morier que los bienes muebles que el marido y la muger obieren, que fueren ganados durante el matrimonio que muerto uno de ellos que se partan de por medio"; *Albedrío*, 2, 2. *De los bienes de marido y muger como se han de partir*. "Item si el marido moriere ó la muger que los bienes muebles que el marido y la muger hobieren que sean partidos entre el que vivo quedare é los herederos del muerto por medio... empero en los bienes raíces si la raiz del marido vale mucho é la raiz de la muger vale poco ó por el contrario... que se aprovechen de ello comunmente pero que despues de vida de cualquier de ellos que el que fincare vivo que se vaya con su tronco enteramente salbo si el marido ó la muger se adotaren por carta y por fiadores en todos sus bienes muebles e raíces... é en razón de esto en la tierra de Somorrostro é Galdames é Sopena y Carranza é Trucios han el fuero de vecino que es que aunque el marido y muger no se hayan fecho amateiros que el que vibo queda goza por su vida el usufruto á que llaman las buenas é la mitad de la raiz y tronco siquiera haya hijos del muerto é siquiera no los haya..."

119. *Indice de los documentos del monasterio de Sahagún*, 1.695 (a. 1185). Carta *unitatis* otorgada por Pedro Pelaez de Arnales y su mujer Teresa Nuñez, en la que mutuamente nombran herederos de sus bienes al que de ellos sobreviviere, poniéndole por obligación *que soltedes las debdas que*

el testamento mancomunado de los cónyuges impide que los bienes sean divididos cuando uno de ellos muera¹²⁰. En Navarra el testamento de hermandad produce los mismos efectos¹²¹. En Vizcaya ocurre algo parecido cuando el matrimonio se disuelve existiendo hijos legítimos, ya que se produce una comunicación entre los bienes del marido y los de la mujer¹²².

20. Para precisar la partición entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto conviene tener en cuenta que ciertos bienes muebles, normalmente objetos de uso personal, se excluyen de la partición en beneficio del cónyuge sobreviviente. A veces los herederos del cónyuge premuerto se subrogan en su posición y reciben antes de la partición los bienes que les corresponderían si hubiera sobrevivido. El título jurídico que sirve de fundamento a la exclusión de partición de estos bienes no aparece en las fuentes; queda claro sin embargo, que no es en atención al estado de viudedad del supérstite ni a su calidad de bienes propios aportados al matrimonio por uno de los cónyuges; las fuentes castellanas y navarras al referirse a este supuesto hablan de "mejora" o "mejora" del cónyuge sobreviviente y las aragonesas de "aventajas" matrimoniales.

En el derecho castellano-leonés el varón recibe antes de la partición el caballo, las armas, los vestidos y el lecho matrimonial; la mujer *deuermus dare*, y entreguen la tercera parte de los bienes por el alma del defunto a la iglesia de san Salvador, *et ista tercia dela medietate del que morire*. Se establece también que sus hijos no partirán los bienes *in uita del que renanecere*.

120. *Documentos para la Reconquista del Valle del Ebro*, 326 (a. 1130): "... Ego domina Oria de Palazo alexo tota mea hereditate ad don Arramon meo marito cum sua filia: in sua uita domno et poteroso; ..., et in sua uita de don Ramon non prendat nulla causa mea filia..."

121. *Documentos navarro-aragoneses*, 5 (a. 1204): "In Dei nomine. Ego Johan Durol facio iermanitatem cum mea muliere donna Maria cum tota mea parte de hereditate de meo patrimonio mobile et terribire et quamtum inquirere possimus in vita nostra, in tali conveniencia ut vobis mea donna Maria quod sedeatis poderosa in diebus vestris si de me evenerit primum de hoc seculo, de tota mea hereditate et de mobile, et post dies nostros quod remaneat illa hereditate ad meos filios et vestros, et si filios non habuerimus quod tornet illa mea hereditate ad meos parentes... Et ego donna Maria filia de don Petro, [et] de donna Blanca facio iermanitatem cum meo marito"...

122. Vid. nota 116.

jer, los vestidos, el lecho, las joyas y una bestia¹²³. A partir del Fuero Real este régimen se altera: las fuentes no contienen referencia alguna a estos bienes excluidos de partición; en Partidas concretamente se dispone que la mujer entregue a los herederos del marido los vestidos que de éste hubiera recibido¹²⁴. El mismo sistema encontramos en Aragón, con la particularidad de

123. *Fuero de Salamanca* 33. *Al quien morir la muyer*. "Todo omne a quien morier la muyer tome el marido ela mayor bestia que ouiere con todas sus armas; e elos parientes dela non tomen entrega"; *Fuero de Ledesma*, 9; *Fuero de Coria*, 72. *Qui morier e dexar su mujer*. "Todo omne a qui su mugier morier, saque ante de particion una bestia qual quisier de las que ovier; E la muger, saque antes de particion todos sus vestidos quales en vida del marido ovo, e un lecho de ropa. El marido saque sus armas e su cavallo e sus pannos, quales ovo en vida de su mugier, e un lecho de ropa. E si cavallo no ovier, saque una bestia de siella, asi como sobredicho es"; *C. F. Castello-Bom*, 71; *F. Usagre*, 80, y *C. F. Castel-Rodrigo*, 4, 11, y *C. F. Castello-Melhor*, 4, 10; *Libro de los Fueros de Castilla*, 269. *Título de la meioria que deve aver el cauallero o la duenna despues que finire el uno dellos*. "Esto es por fuero de Castiella: que sy un cauallero o una duenna son casados en uno, e sy muere la duenna e partiere el cauallero con sus fijos del mueble, deve sacar el cauallero de meioria sus bestidos e sus caballos e sus armas de fuste e de fierro. Et sy muere el cauallero, deve sacar la duenna de meioria fasta tres pares de pannos, sy los ouyere, e su mula enseellada e enfrenada, si la ouyere, e su lecho con su goarnimiento, el mejor que ouyeren, e una bestia para asemila, si la auyere"; *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 5, 5 (omite los vestidos); *Fuero de Sepúlveda*, 66. *Del marido a su mujer quel pueda mandar una dona*. "... Et si la muger finire, todas las armas que ovieren sean del marido; et si el marido finire ante que la muger, et fijos non ovieren, quantas armas ganaren en uno, pártanlas por medio; et las otras armas sean de aquel linage onde vinieren. Et si fijos varones ovieren, aquéllos hereden todas las armas; et si fijos varones non ovieren, las fijas que ovieren, las hereden"; *Fuero de Brihuega*, 295. *Qui herede cauallo, o armas*. "Tod omne de brihuega que embiudare, cauallo, o armas de su cuerpo, o bestia de silla, o de albarda, saque el marido sin partición qual destas quisiere: ..."; *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, 191; *Fuero de Soria*, 338. "... et las ouieren ala sazón que el uno dellos finire, si uno o más caualllos ouieren, el mejor cauallo et las mejores armas et las mejores guarnizones, tant bien de fust commo de fierro, que cominieren pora el, sean del marido; et si el muriere antes que la muger, que las hereden sus herederos, tan bien por vida commo por muerte et nol sean metidas en la partición nin contadas en ella. Otrrossi la mugier que aya todos sus pannos et sus arras et sus joyas, si fueren entregadas ella osus herederos, que nol ssean metida nin contadas en partición".

124. *Partidas* 4, 11, 23

que la edición romance de los Fueros distingue entre la mujer infanzona, franca y villana, si bien, en líneas generales, el derecho aplicable es el mismo. La mujer infanzona, antes de partición, tiene derecho a los siguientes bienes: vestidos, joyas, un lecho, una mula para cabalgar, dos animales para las labores del campo, un vaso de plata, una esclava y un utensilio del menaje de la casa, siempre que de la misma clase hubiera dos¹²⁵. La mujer franca tiene derecho a estos mismos bienes con excepción de la mula para cabalgar, el vaso de plata y la esclava¹²⁶. La villana goza de iguales derechos que la infanzona¹²⁷. Las Observancias han precisado que las telas que para vestidos fueran compradas por el marido a la mujer, no constituyen "ventajas" si no hubiesen sido cortadas¹²⁸. Al varón corresponden antes de la división los mismos bienes que a la mujer, además de las armas y el caballo, y desde 1307 los

125. *Tilander*, 222. "... los muebles, el marido muerto, deuen seer partidos entre la madre e sos fillos en esta manera que la madre deue auer sos uestidos e sos ioyas et I leyto de los millores pannos que sean trobados en casa et una mula pora caualgar e II bestias de arar con lures aperos et un baso d'argent et una catiua en auant part, trobando lo todo esto en casa, qual si todas aquestas cosas no son trobadas en casa, assi como baso d'argent o catiua o algunas cosas de las que ditas son de suso, maguer que de los otros bienes de casa, puedan seer comprados, non los deuen comprar ni deue recibir la madre el precio d'ellos en auant part, mas deue seer pagada de los bienes que trobará en casa. Todas las otras cosas deuen seer partidas por medio entre la madre e los fillos, e de los maneficios que seran trobados en casa, si foren doblados, assi como calderos, o de legones o de otras cosas quiscunas deue prender la madre uno en auant part, treitos los otros pannos de casa, de que non deue prender auant part, por qu'en ha treitos sos uestidos e so leyto..." (Regulación referente a la mujer infanzona); *Recopilación de los Fueros de Aragón* (2), 10, y *Fuero de Jaca*, 33.

126. *Tilander*, 223. "... e deue auer en auant part sos uestidos e sos ioyas et un leito de los millores pannos de casa e dos bestias de arar con todos lures aperos; e de los maneficios de casa, assi como calderos o legones o de las otras cosas, si dobles foren trobadas en casa, deue auer uno de quiscun maneficio en deuan part, treitos los pannos de casa que deue auer assi como la infançona; ..." (Regulación referente a la mujer franca); *Recopilación de Fueros de Aragón* (2), 10, y *Fuero de Jaca*, 35.

127. *Tilander*, 224. "... De la auant parte que deue traheer la muller, assi entrega ment la deue traheer como la infançona, et en aquella manera..."

128. *ORA V, De secundis nuptiis*, 7. "Item, licet maritus emerit pro uxore vestienda panum, si vestes non sunt scisae, uxor superstes non debet illum recipere ante partem" (S. y P. II, 38 a).

libros de su profesión¹²⁹. De otro lado, se reconoce también en favor del cónyuge sobreviviente el derecho a separar de los bienes comunes un tanto igual a lo que fué empleado en gastos de sepultura del premuerto¹³⁰.

En Navarra el sistema es más sencillo. Común a este territorio es la no partición de los vestidos del cónyuge supérstite. El Fuero General lo establece como mejoría de la mujer villana¹³¹. En los Fueros de la Novenera y en el de Viguera y Val de Funes, el lecho aparece fuera de partición¹³². Régimen propio de Viguera y Val

129. *FR.A V. De rebus, quas mortua prima uxore, vir debeat recipere ante partem*, 1.307. "... Ad instantiam, et humilem supplicationem totius Curiae statuimus, quod de caetero, si uxor alicuius praemoriatur, eius vir in divisione rerum mobilium, quam facere habuerit cum filiis, ..., recipiat ante partem equum, quem habuerit, vel si equum non habuerit, recipiat roncium, vel mulum, vel mulam, et arma sui corporis, videlicet loricae sui corporis, atque equi, capellum ferreum, ensem, scutum, lanceam, atque maccam: recipiat etiam ante partem duas bestias aratorias cum suis apparatus, si faciunt laborem, et unum lectum paratum de bonis panis, ut in Foro antiquo continetur. Et si vir fuerit iurista, vel phisicus, recipiat suos libros ante partem" (S. y P. I, 233 a); *Tilander*, 222. "... El infanzón, muerta la muller, deve trayer en auanpart todas aquellas cosas que la muller traye e deve traher por razón de cualgadura so cauallo e las armas de so cuerpo, si aquesto fore trobado en casa; *Fuero de Jaca*, 40.

130. *Tilander*, 222. "... Encara, qual quiere que del marido o de la muller primero moriere, puede prender de los bienes comunales atenpradas misiones pora uechos de so sepultura, et aquel qui romaneciére puede prender otro tanto por razón de so sepultura en auant part de los bienes comunales..."

131. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 21. *Cómo deven partir las creaturas con la madre villana viuda, et qui las deve criar ata que hayan cdat.* "...; et la partición deve ser atal, que la meatat de todas las heredades del padre deven prender et de la madre estas creaturas, eylla prendiendo unos vestidos pora si, et lo al partan por meyo..."

132. *Fuero de la Novenera*, 64. *De leyssa de marido a muller o de muller a marido.* "Todo hombre o toda muller que passe d'est sieglo al otro deve leyssar leyto; si es hombre non podient, aya una márfega et una cólcedra et un plumazo et una almogenia et un liçar de lino et otro d'estopa et un manto corderuno pora los domingos et otro pora cotidiano, quoyal fuere en casa, et la muller aya esto, demas dos toquas pora cotidiano et una pora los domingos. Et si esto non fuere en casa, a bien uista de dos bonos hombres que'l den leyto"; *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 393. *Partición muger con fijos.* "... Pero en la partición abrá cada uno su heredat quita que havia antes que casas, é de mejoría habra el vino sus penos con hun

de Funes es la no división de las joyas y el derecho del superstite a recibir, además, un utensilio de cada dós que hubiese en la casa.

En Tortosa, cuando el matrimonio se ha constituido bajo el régimen de *agermanament*, se excluyen de partición en favor de cada cónyuge o de sus herederos los vestidos de uso personal; además, en beneficio de la mujer las ropas del lecho nupcial¹³³.

21. El derecho medieval ha fijado un plazo último para que se efectúe la partición de los bienes adquiridos durante el matrimonio: las segundas nupcias del cónyuge sobreviviente¹³⁴. En caso contrario, es decir, si el sobreviviente contrajo nuevo matrimonio antes de partir con los herederos del premuerto, éstos deben recibir la mitad de todos los gananciales, muebles e inmuebles, adquiridos por aquél hasta el momento mismo de la partición, según se establece en el derecho de León, Castilla y Aragón¹³⁵.

lecho de ropa é sus joyas, é de cada uno mamficio, et de cada cosa habra uno de mejoría."

133. *Código de Tortosa*, 5, 1, 20. "Totes les vestedures qu'el marit o la muller en aytal matrimoni auran, son de cascu, ço es saber, les vestedures qu'el marit aura en temps de la solucio a particio del matrimoni per mort o per altra rao, son del marit o de sos hereus. Atressi; totes les vestedures et sauenes que la muller aura, son sues o de sos hereus, en axi que los uns contra los altres non poden fer demanda que vengan en comu ne y agen part alguna."

134. *Fuero de Cuenca*, 10, 16. *De uido qui ante partitionem uxorem ducere uoluerit, uel e conuerso*. "Uiduus qui filios habuerit, et uxorem ducere uoluerit, prius det filiis suis porcionem quam de iure sue matris eos contigerit, postea ducat. Similiter si de secunda filios genuerit, et ea mortua uelit terciam ducere, prius diuidat cum filiis secunde, dando eis quicquid eos contigerit de iurisdictione sue matris, postea ducat, et sic de ceteris quas duxerit. Hoc idem faciat uidua que nubere uoluerit"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 200; *Fuero de Béjar*, 248 y 429; *Fuero de Plasencia*, 471; *Fuero de Teruel*, 433; *Fuero de Soria*, 330. "Si alguno que ouiere hijos de una mugier et muriere et se casare con otra, ante que case de a sus hijos la particion que deuen auer del derecho destu madre, et depues case. Otrrossi si ouiere hijos en la segunda et muerta la segunda quisiere casar con otra, primero de alos hijos de la segunda quanto derecho les alcançare de su madre. Et muerta la tercera así alos hijos que en ella ouiere. Et dent adelant aquantos hijos ouiere de sendas mugieres, en essa misma guisa..."

Fuero de Estalla (1164), 11 y 12. Vid. nota 108.

135. *Fuero de Coria*, 76. *Qui fuer casado e fezier hijos con otra*. "Todo ome que morier, o mugier, e hijos o fijas ouier, e despues el marido tomar

Los fueros extensos de Cuenca y Soria, ante el hecho de que se haya contraído segundâs nupcias sin haber partido con los herederos del cónyuge premuerto, han distinguido tres supuestos: que

mugier o la mugier tomar marido, e non ovier partido con sus hijos, e despues otros fijos e fijas fezieren e despues el marido o la mugier morier, los hijos primeros partan la herençia e el mueble que a ellos pernesçe, e despues partan con los otros hijos..."; *C. F. Alfaiates*, 66; *C. F. Castel-Rodrigo*, 4, 15; *C. F. Castello-Melhor*, 4, 76; *C. F. Castello-Bom*, 76; *F. Usagre*, 84 y *F. Cáceres*, 83; *Libro de los Fueros de Castilla*, 143. *Título de omne e de muger que son casados en uno e fijos e fijas en uno e muere el uno dellos*. "Esto es por fuero: que un omne e una muger son casados en uno e an fijos e fijas en uno et muere el uno dellos e el otro casa otra ves o mas e a fijos e fijas, et viene atiempo quelos fijos e las fijas del primero marido muerto o dela primera muger muerta demanda partiçion al pariente biuo, dise el pariente biuo que non gela deue dar, que mas a de trenta amos que es muerto el padre ola madre por quien demanda partiçion, por ningun tiempo que haya non puede anparar que non de partiçion alos fijos o alas fijas del primero marido o dela primera muger, fuera sy pudiera mostrar como an leuado partiçion e prisieron pagamiento de; e deue leuar la meatad del mueble quel fallaren e de quanta heredit a ganado dante e despues que murio su padre o su madre de aquellos que demandavan partiçion; et non deuen dar en las deudas nada que ellos fisieron despues que murio su padre o su madre, mas deuen dar la meatad en deudas que fisieron con su padre o con su madre de aquellos que demandan partiçion. Mas sy es muerto aquel padre o aquella madre a quien deuyen demandar partiçion et non gela demandaron asy como fuero es en ante que muriesse, non deuen recodir los otros fijos dela partiçion; *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 9; *Fuero de Cuenca*, 10, 17. *Qualiter filii habeant diuidere cum parente et nouerca, uel e conuerso*. "Si uiduus ignorantia, uel ambitione cum filiis prioribus, antequam ducat uxorem, non diuiserit, quandocumque filii prime coniugis diuidere uoluerint accipiat, medietatem totius substancie tam in mobili, quam in radice, quam post mortem matris eorum, siue antea adquisierit, dempta radicis patrimonii nouerce, et hiis que illius nota fuerint. Hoc facto diuidat eodem modo cum filiis secunde, postea cum filiis tercię, siquis habuerit, mater quorum sit defuncta. Et sic gradatim adque uicissim diuidat cum omnibus filiis matribus orbatis"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 201; *Fuero de Béjar*, 250; *Fuero de Teruel*, 434; *Fuero de Soria*, 339. "... Si por atentura el padre, por olvidança o por cobdicia, con los hijos primeros non partiere ante que casare, quanto quier que los fijos de la primera mugier quisieren partir, tomen la meatad de todo el auer mueble et rrayz que el padre con su madre dellos gano et el por si despues que fino la mugier primera fasta que caso con la segunda et de quanto gano con ella et dent adelant con las otras mugieres fasta el dia en que les diere la partiçion. Esto fecho, parta con los fijos de la segunda, despues con los de la terçera,

uno de los cónyuges haya tenido hijos de anteriores matrimonios y del que acaba de contraer; que ambos cónyuges hayan tenido hijos de matrimonios anteriores y, por último, que uno de los cónyuges tenga solamente un hijo de su primer matrimonio y el otro varios. En el primer caso se sigue la regla general arriba expuesta: los hijos del primer matrimonio tienen derecho a la mitad de todos los bienes ganados hasta el instante preciso de la partición. Luego los hijos del segundo matrimonio reciben la mitad del resto y así sucesivamente. Puede ocurrir que premuera el cónyuge que contrajo varios matrimonios. En este caso, realizadas las diversas particiones con los hijos de matrimonios anteriores, el supérstite recibe la mitad del remanente de los bienes; en los que aún quedan parten todos los hijos, es decir, tanto los habidos en el matrimonio precedente como en el actual¹³⁶. En el segundo supuesto los pri-

o con quantos ouiere de las madres muertas, en essa misma guisa. Si el padre murire et la segunda ola tercera ola quarta mugier uisquiere, maguer que aya fijos della, ante que la madrastra olos fijos que en ella ouiere algo reçiban, el fijo dela primera madre aya la meatad de todo quanto el padre con su madre gano et despues por si et de quanto gano con la segunda et con quantas ouiere fasta el dia en que murio. Desent el fijo de la segunda prenda la meatad de todo lo otro, et dent adelant, en essa misma guisa, los fijos que ouo en las otras mugieres. Si pagados los fijos de las madres muertas la mugier uisquiere, prenda la meatad de todo lo que fincare; despues todos los fijos de las mugieres muertas, et los que ouiere en la madrastra, si algunos y ouieren, partan quanto remanesçiere de su padre egalmiente entre ssi. Esso mismo dezimos de la mugier que ouiere fijos de muchos padres que del omue que ouiere fijos de muchas mugieres et non fiziere particion con sus fijos fastal postremero marido"; *FRA V, De secundis natiis*, 1.247. "Quicumque defuncta uxore prima et contracto matrimonio cum secunda, non diuiserit cum filiis primae uxoris mobilia, et immobilia, quae cum matre eorum habebat habebit postea cum eis dividere omnia, quae lucratus fuerit cum secunda. Idem intelligitur de uxore, si sepulto viro, cum alio duxerit contrahendum" (S. y P. I, 234 b); *Tilander*, 229, y *Fuero de Jaca*, 39.

136. *Fuero de Cuenca*, 10, 18. *De diuisione heredum et nouerca*. "Si pater decesserit, secunda, uel tertia, uel quarta uiuente, quamuis ex ea habeat filios, tamen antequam nouerca, uel filii eius aliquid accipiant, filius prioris matris accipiat medietatem totius substancie, quam pater sum sua matre, uel postea adquisiuit. Deinde filius secunde uxoris accipiat medietatem totius residue substancie. Et sic paccatis filiis matrum mortuarum, uxor que superfuert, accipiat medietatem totius substancie que remanserit. Postea omnes filii defuncti tam matrum mortuarum, quam superstitis, diuidant quic-

meros hijos de cada uno de los cónyuges reciben la mitad de los bienes adquiridos hasta la partición, luego los segundos y así sucesivamente ¹³⁷. Finalmente, en el supuesto de que uno de los cónyuges tenga sólo un hijo de un matrimonio anterior y el otro cónyuge varios hijos, aquél y éstos toman la mitad de todos los bienes de los padres y la otra mitad se divide por igual entre los hijos del otro cónyuge ¹³⁸.

Parece ser que esta forma de regular el problema, tal como aparece en el derecho territorial de Castilla y en los fueros extensos, no persiste en el derecho posterior. En el Fuero Real no se han pre-

quid remanserit equaliter inter se. Hoc idem dicimus de uiduo, qui filios diuersarum matrum habuerit, et ultima mortua nondum partitionem fuerat"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 202; *Fuero de Béjar*, 251; *Fuero de Plasencia*, 473; *Fuero de Teruel*, 434; *Fuero de Soria*, 339.

137. *Fuero de Cuenca*, 10, 19. *De diuisione herentie cum nouerca et uitrice*. "Si maritus diuersarum matrum filios genuerit, et uxor similiter filios diuersorum maritorum habuerit, et filii utriusque cum parentibus suis partire uoluerint, filii prime uxoris, et filii primi mariti accipiant medietatem totius substancie tam in mobili, quam in radice, et diuidant inter se. Deinde filii uxoris secunde, et filii secundi mariti accipiant medietatem residue medietatis tam in mobili, quam in radice, et sic de singulis..."; *Fuero de Zorita de los Canes*, 203; *Fuero de Béjar*, 252; *Fuero de Plasencia*, 474; *Fuero de Teruel*, 435; *Fuero de Soria*, 340. "Si el marido que ouiere hijos de muchas mugieres casare con mugier que ouiere hijos de muchos maridos et los hijos de cada uno quisieren partir con su padre o con su madre, los hijos del primer marido o de la primera mugier prendan la meytad de todas las ganancias que el padre o la madre biva fizo del dia que caso con la madre o con el padre muerto fasta el dia que el dela particion, tan bien de lo que gano con las mugieres o con los maridos muertos como con el marido o con la mugier biva. Et daquela misma manera parta con los dela segunda et dent adelant con los de la tercera et con los de quantas mugieres ouiere. Esse mismo derecho hereden et ayan un hijo et una hija de parte de su padre o de su madre si mas hijos non fueren de aquel padre o de aquella madre muerta que arien et heredarien si muchos fuessen".

138. *Fuero de Cuenca*, 10, 20. *De diuisione unius priuigni cum pluribus*. "Si aliquis coniugatorum habuerit filios alterius uxoris, et uxor habuerit unum tantum alterius uiri, uel e conuerso, cum diuidere uoluerint cum suis parentibus, ille qui unicus fuerit cum pluribus, accipiat medietatem totius substancie suorum parentum tan in mobili, quam in radice. Deinde ille qui unicus fuerit, accipiat medietatem totius capte subere, et aliam medietatem medietatis aliis fratres diuidant pariter inter se"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 204; *Fuero de Béjar*, 253; *Fuero de Plasencia*, 475; *Fuero de Teruel*, 436.

visto las consecuencias de que el cónyuge supérstite contraiga nuevas nupcias antes de partir con los herederos del premuerto. En todo caso, el padrastro o la madrastra parten las ganancias obtenidas sobre los bienes de los hijos del primer matrimonio, salvo que el cónyuge que ha celebrado segundas nupcias tuviera esos bienes en concepto de tutor ¹³⁹.

Las Observancias del Reino de Aragón admiten en el mismo sentido que los Fueros el principio de que los hijos tienen derecho a partir los bienes ganados hasta el instante de la partición. Excepciones a este principio: las ganancias que no proceden de los bienes comunes; tampoco se parten las ganancias si el cónyuge sobreviviente partió con los hijos del primer matrimonio el mueble, al tiempo de disolverse el matrimonio, aunque el inmueble no hubiese sido dividido; solución lógica, puesto que el usufructo del inmueble le corresponde hasta que no contraiga segundas nupcias por derecho de viudedad ¹⁴⁰.

De otro lado, las Observancias aragonesas desarrollan minuciosamente la partición cuando se contrajo nuevo matrimonio sin haber partido con los hijos del primero. El varón, y debe entenderse que el mismo régimen se aplica a la mujer en el supuesto de que sea ella el cónyuge sobreviviente que ha celebrado un segundo

139. *Fuero Real*, 3, 4, 6. *En qué manera debe el padre, ó la madre partir con los hijos su hacienda, si quisiere casar segunda vez.* "El home que hobiere hijos de alguna otra muger, si casare con otra muger, o si la muger que hobiere hijos de otro marido casare con algun home, é cualquier de ellos ante que haya partido con sus hijos ficiera alguna ganancia con la parte de los hijos quier sea mueble, quier raiz, el padrastro, o madrastra hayan la meytad de las ganancias: fueras ende si el padre, ó la madre tuviere la buena de aquellos sus hijos en guarda, ó por escripto, así como manda la ley"; *Fuero de Ayala*, 79. "Si algún hombre que oviere fixos casare con otra muger, o la muger casare con otro hombre é cualquiera de ellos ante que aya partido con sus fixos ficiera alguna ganancia con la parte de los fixos, siquier sea mueble siquier raiz, el Padrastro ó la Madrastra aya la mitad de las ganancias fiera ende si el Padre o la Madre tobierelos bienes en guarda por escripto".

140. *ORA V, De secundis nuptiis*, 1. "Mortua uore, si viduus non divisit cum filiis primae uxoris: quando contraxerit cum secunda: dabit eis medietatem omnium quae lucratus fuerit cum secunda: quia praesumitur quod de bonis communibus fuerit lucratus, nisi alias constet per ipsum ex sua industria, vel alio modo fuisse lucrata: sed si dividerit mobilia secundum consuetudinem, non tenetur dare medietatem lucratorum: quamvis non dividerit immobilia" (S. y P. II, 37 a).

matrimonio, debe partir con los herederos de la primera mujer todo el mueble existente, excepto sus ventajas matrimoniales, o sea, los bienes que en su beneficio se excluyen de partición, y aquellos otros que, mediante prueba, conste fueron aportados por la segunda mujer al matrimonio. La muerte del varón determina que la partición se realice entre sus herederos y la segunda mujer o bien entre aquellos y los herederos de ésta, caso de que también hubiera muerto. La partición se lleva a cabo de la manera siguiente: las ventajas matrimoniales del marido y de la mujer sobreviviente se excluyen de partición; el mueble común a ambos se divide por mitad entre los herederos del marido y la segunda mujer o sus herederos; igual división se hace de las joyas que el marido regaló a su segunda mujer de los bienes comunes del primer matrimonio, siempre que no formen parte de las ventajas matrimoniales de la segunda mujer; la parte de bienes que del mueble y de las joyas hubiera correspondido a los herederos del marido se divide nuevamente por mitad entre éstos y los de la primera mujer. Puede ocurrir que al hacer esta partición se encuentren bienes muebles que por escritura, testigos o inventario constase haber sido aportados al matrimonio por la primera mujer; entonces, dichos bienes se dividen por mitad entre los herederos del marido y los de la primera mujer; la parte que corresponde a los herederos del marido se divide nuevamente entre ellos y la segunda mujer o sus herederos ¹⁴¹.

¹⁴¹. *OR. A V, De secundis nuptiis, 3.* "Item, maritus qui secundo contraxerit ante factam divisionem inter ipsum, et haeredes primae uxoris, constante matrimonio: cum secunda debet dividere omnia bona mobilia quae habet cum secunda cum dictis haeredibus primae uxoris: exceptis tamen primo suis avantagiis: et exceptis iis bonis quae notabiliter constet fuisse per secundam uxorem ducta in matrimonio. Si autem mortuo viro qui secundo contraxit: petatur divisio per haeredes primae, cum secunda uxore vel haeredibus ipsius: tunc secunda uxor vel haeredes ipsius, dividunt primo bona mobilia communia cum haeredibus viri, et extractis primo suis avantagiis: recipient medietatem bonorum omnium mobilium, quae viventibus viro, et secunda uxore, et tempore mortis viri communia sunt reperta, exceptis iis bonis mobilibus quae notabiliter constant per inventarium, testes, vel instrumenta fuisse primae uxoris, et ea cum dicto viro in ipso casamento duxisse, quia illa bona haeredes primae uxoris, primo dividunt cum haeredibus viri, et medietatem eorum recipient, et reliqua medietas penes haeredes viri remanent, inter secunda uxorem seu eius haeredes, et haeredes viri dividetur, et etiam exceptis iocalibus, quae vir secundo contrahens dederit secun-

Acercas de la partición del inmueble ganado durante el primero y el segundo matrimonio, las Observancias recogen la siguiente práctica: la mitad para los herederos de la primera mujer; la otra mitad se divide entre los hijos de la primera y de la segunda mujer por cabezas; en esta parte se reconoce a la segunda mujer el derecho de viudedad ¹⁴².

Posiblemente el acuerdo de los interesados en la partición simplificaba este sistema en sí complicado. En este sentido se orienta una carta de hermandad y avenencia de 1158, cuyo objeto es solucionar la partición de la segunda mujer y de los hijos de varios matrimonios a la muerte del padre. La hermandad se constituye de una parte entre Sancho Fortuñones y sus hijos Aznar y Rodrigo, nacidos del primer matrimonio, y de otra doña Oliva, su segunda mujer, y un hijo habido de este matrimonio. Se establece que si el padre muere antes que los hijos, la segunda mujer y su hijo partirán por igual con los hijos de aquél en todos los bienes "per cabezas" ¹⁴³.

dae uxoris de bonis communibus inter eum, et primam uxorem, si illa pro focalibus data tempore mortis viri, in eius posse sint reperta, quia illa uxor secunda, seu eius haeredes, debent primo dividere cum haeredibus viri, nisi sint de illis quae uxor superstes debet recipere ante partem, quia tunc uxor superstes, debet ea haere praecipua, et dicta divisione facta modo praedicto cum dicta secunda uxore vel eius haeredibus pars ex divisione praedicta contingens haeredibus viri, debet dividi cum haeredibus primae uxoris, exceptis avantagiis, quae pertinent haeredibus viri, et ordo praedictus servari debet in divisione bonorum facienda si tertio vel quarto, deinceps matrimonium ante divisionem fuerit contractum semper incipiendo, ab ultimo, et dividendo prout supra" (S. y P. II, 37 a).

142. *ORA V. De secundis nuptiis*, 10. "Item, si vir fecerit emptiones durante matrimonio inter ipsum et primam uxorem, vel usque ad tempus secundi matrimonii, nondum facta divisione cum filiis primae uxoris, de istis debent habere filiis primae uxoris medietatem, in qua secunda uxor nullum habebit ius: et alia medietas contingens viro debet dividi inter filios primae uxoris, et secundae per capita: et in ista medietate secunda uxor tenebit viduitatem..." (S. y P. II, 38 a).

143. *Documentos navarro-aragoneses*, 2 (a. 1158): "... Hec est carta de germanitate et de avenientia quam facio ego Sang Fortinnons et Aznar et Rodrico meos filios, ad vos donna Oliva mea mulier et ad Iohannes meo filio. Placuit nobis libenti animo, cum optimo corde et spontanea voluntate, que fiat donna Oliva et suo filio Iohannes in germaneiza cum uno de nos metipsos in quantum nos habemus de patre vel de matre et de aver mobile et de tota quanta hereditate ad nos germanos pertinet de nostro patrimonio. Et si de me Sancio Fortinnons primo desvenerit ante de meos filios, mando

En Navarra, la partición que nos ocupa ha recibido una solución distinta según que haya de realizarse entre intanzones o entre villanos. En el primer caso los hijos habidos en anteriores matrimonios solamente parten en las ganancias obtenidas durante el matrimonio del que fueron nacidos. En cambio, cuando se trata de villanos, los primeros hijos participan en las ganancias del padre o madre sobreviviente hasta el momento de la partición¹⁴⁴.

22. La partición de lo edificado o plantado en tierra propiedad de uno de los cónyuges, aunque sometida a un régimen peculiar está vinculada a la de gananciales. Las fuentes consdieran el caso de la plantación de una viña o de la construcción de una casa, horno, baño o molino en la raíz de uno de los cónyuges. Generalmente, el cónyuge no propietario de la raíz tiene derecho a la mitad del coste de la labor realizada (Fuero de Cuenca, Fuero de Soria, Fuero de Birhuela; Observancias aragonesas) o bien a la cuarta parte de la raíz con sus mejoras (Fuero de Alcalá de Henares, Fuero de Bri-

bene que partan Iohannes meo filio et donna Oliva per cabezas cum meos filios quantum illos habent de patre vel de matre de aver mobile et tota quanta hereditate ad illos pertinet de suo patrimonio...”

144. *Fuero General de Navarra*, 4, 2, 3. “... Est infanzon que casó I, II, III ó IIII vezes, quoando morra, las primeras creaturas prengan la meatat de las heredades suyas, et las segundas creaturas la otra meatat de sus heredades, et las creaturas de quoantas mugeres ovo deven sacar meatat de las heredades que finquen, como dicho es de suso. Si marido et muger ovieren fecho conquiestas, las creaturas deyllos saquen meatat daqueillas conquiestas cada unas creaturas en cuyo tiempo fueron fechos aqueillas conquiestas; la postremera meatat que fincará daqueillas heredades, quoantas mugeres ovo, fagan tantas suertes; et si vezindat oviere bien, et si nó sean pagados con tanto. Otrrossi, las dueynas si quisieren casar una vez, ó dos, ó tres ó mas devezes, case como sobre scripto es”; *Fuero de Estella*, 1.164, 11. *De marit.* “... et si est causa quod prendat duos maritos, aut tres, de omnibus habuerit filios, et filii interim non demandabunt partem matri, et postea adhuc ducit alium maritum, et tunc uenient filii, et quesierint illi partem, dabit unicuique filiorum partem de examplamento quod fecit cum patribus suis; de alia causa non. Et si filii sunt parue etatis aut magne, et nolunt partire, mater non potest illos inde distringere, et si filii uolunt partire bene possunt distringere matrem cum iusticia regis; et si filii sunt parui, et pater eorum ad obitum suum fecit cabezaderos, illos cabezaderos possunt partire, et dare firmes si uolunt, et etiam uendere et impigare hereditatem ad opus filiorum, et habebit stabilitatem, et cabezaderos possunt distringere matrem pro filiis, et mater non potest distringere cabezaderibus...”

huela, Fuero de Soria; Observancia del Reino de Aragón). La segunda solución es consecuencia de combinar el régimen de la *complantatio* medieval y el de gananciales¹⁴⁵. En efecto, al propietario de la raíz le corresponde la mitad de la labor por complantación y la mitad del resto por gananciales; de aquí que al otro cónyuge o a sus herederos la pertenezca solamente la cuarta parte¹⁴⁶.

El Fuero Real distingue entre plantación y construcción. En el primer caso, aunque en principio se habla de plantar viña luego se ha generalizado a cualquier otra labor, se acepta una solución en la que es posible apreciar los principios de la recepción romana. Muerto uno de los cónyuges la tierra plantada sigue al propietario; solamente los frutos son objeto de partición¹⁴⁷. La influencia del Fue-

145. Cfr. GIBERT, *La "complantatio" en el Derecho medieval español*, en *A. H. D. E.* 23 (1953) p. 755 s.

146. *Fuero de Cuenca*, 10, 8. Vid nota 105; *Fuero de Soria*, 337. "Si el marido et la mugier ponen vinna o fazen casa o molino obanno oforno o otra lauor qual quier en tierra o en rrayz de qual quier dellos et el uno dellos muriere, en voluntad sea et en su escogencia daquel en cuya rrayz fuere fecha la lauor, o de sus herederos, de dar ala otra parte la quarta parte de la rrayz con su meioramiento, ola meatad de lo que costo toda la fechura, o el meioramiento apreziado en aquella rrayz, segund en el tiempo que fue fecha la cuesta"; *Fuero de Brihuega*, 298. *Por quarto de marido et de mugier*. "Tod omne que uinnas pusiere o casa fiziere en heredad de su muger, aya hy el quarto o la meytad, qual mas quisiere; otro si sea en la heredat del marido"; *Fuero de Fuentes de la Alcarria*, 194. *Fuero de Alcalá de Henares*, 279. *Qui vinnas pusiere o casas ficiere en heredade*. "Qui vinnas pusiere o casa ficiere, en heredat de su muger, haia hy el quarto, e las IIIes partes sean del dueño de la heredat; et otro si sea del heredat del marido. Si hy pusieren vinnas o ficiere casas del dueño de la heredat, donde viniere la raiz haia hy las tres partes, et el otro el quarto"; *ORA V, De iure dotium*, 12. "Item observatur, quod si vir edificat domus in platea uxoris, vel meliorat domus uxoris: vel plantat vineam in campo uxoris: vir debet habere quartam partem rei operatae vel plantatae, vel medietatem estimationis operum, vel plantationis, idem est in uxore, et in scaliis, aut in aliis melioramentis, habet quilibet medietatem suam" (S. y P. II, 33 a).

147. *Fuero Real*, 3, 4, 3. *En qué manera deben partir el marido é la muger los frutos de la viña de uno dellos*. "Quando el marido é la muger ponen viña e tierra que sea de cualquier de ellos, é muriere el uno de ellos, cuya fuere la tierra tome el terradgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar; y el vino partalo con los fijos del muerto, ó sus herederos, si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores qualesquier que se ficieren en el solar del uno dellos".

ro Real en el Fuero de Ayala es clara en este sentido, pues que el mismo supuesto recibe idéntica solución¹⁴⁸. En el segundo caso, el Fuero Real, en la misma línea que los fueros anteriores, establece que el cónyuge no propietario o sus herederos reciban la mitad del importe de la obra realizada en la raíz del otro¹⁴⁹.

En Aragón, mediando segundas nupcias del marido que no ha partido con los hijos de la primera mujer, la división de lo edificado o plantado por aquél en la raíz de ésta, se estructura de acuerdo con las reglas siguientes: la parte correspondiente al varón se divide entre los hijos del primero y segundo matrimonio; en esta parte se reconoce a la segunda mujer el derecho que su viudedad le confiera. Si se trata de mejoras introducidas por el varón en sus bienes durante el primer matrimonio, los primeros hijos reciben la mitad o la cuarta parte de la cosa mejorada; la otra mitad se divide entre los hijos de la primera y segunda mujer, confiriéndose en esta parte a la segunda mujer su derecho de viudedad¹⁵⁰.

23. Cualquier heredero está facultado para demandar la par-

148. *Fuero de Ayala*, 75. "Quando el marido é la muger plantan en tierra que sea de cualquiera de ellos é muere el uno de ellos cuiá fué la tierra, tome el otro como los otros en aquel lugar el íruto é partalo con los fixos del muerto ó con sus herederos si fixos non oviere."

149. *Fuero Real*, 3, 4, 9. *En qué manera se debe partir la casa que es fecha en tierra del marido, ó muger si uno dellos muriere*. "Si el marido, ó la muger facen casa en tierra que sea del marido, ó de la muger, é muriere el uno dellos cuya fuere la raíz, dé la meytad del apreciadura á quien heredare su buena, quanto asmaren que cuesta la fechura, é finque cuya fuere la raíz con las cosas: é si cuya fuere la raíz muriere ante. Otrosi, los que heredaren su buena den la meytad de la apreciadura así como dicho es. E otrosi mandamos, que esto mesmo sea de los molinos, é de los fornos."

150. *ORA V. De secundis nuptiis*, 10. "... In operibus vero factis per virum in bonis primae uxoris constante matrimonio inter eos, vel usque ad tempus secundi matrimonii: Vir lucratur medietatem operum, vel quartam partem rei operatae: et ista pars contingens virum debet dividi inter filios primae uxoris, et secundae. In qua secunda uxor nullum ius habet, nisi viduitatem in medietate contingente filios secundae uxoris, et primae ratione patris. Et si vir operatus fuerit in bonis propriis infra tempus supra dictum, filii primae uxoris habebunt medietatem operum: vel quartam partem proprietatis relicta semper optione illi in cuius solo iuit operatum, plantatum, vel aedificatum: et alia medietas debet dividi inter filios primae, et secundae uxoris, et in ista medietate secunda uxor tenebit viduitatem" (S. y P. II, 38 a).

tición de los bienes adquiridos durante el matrimonio al cónyuge sobreviviente. El derecho castellano exige, cuando haya más de un heredero, que la acción sea ejercitada por todos los coherederos conjuntamente; sólo cuando es la comunidad de herederos la que actúa demandando los bienes, el poseedor de los mismos estará obligado a responder¹⁵¹. Puede ocurrir, como está previsto en el Fuero de Soria, que la actuación conjunta sea imposible, bien porque alguno de los coherederos se constituya en rebeldía o bien porque alguno de ellos esté ausente o sea menor de edad; en estos casos el tenedor de los bienes, aunque no se haya dado una actuación en común por parte de los herederos, queda obligado a responder. En este mismo sentido los Fueros de Aragón y el Fuero de Estella disponen que la acción sea ejercida cuando el hijo menor alcance la mayoría de edad; el Fuero General de Navarra precisa que, disuelto el matrimonio entre villanos por la muerte de la mujer, los hijos mayores de siete años están capacitados para demandar los bienes de la madre¹⁵².

151. *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 2. "Si algund ome demanda particion a padre, o madre, o al padrastro, o madrastra, de buena del padre, o de la madre, o buena, quel pertenesca de otro pariente qualquier, si este que demanda a otros ermanos, o otras ermanas, que ayan tamaño derecho en aquella demanda, que face, como él; si aquel a quien demanda, dijier en juicio, que pues él a otros ermanos, o otros parientes, que an tamaño derecho como el en aquella demanda, e que non le deve responder fasta que traya suos ermanos, o suos parientes, e que fagan la vos una: si esta raçon dijier el demandado, devegela rescivir el Alcalde, e deve mandar que ayunte suos parientes, e que fagan la vos una, e ante no es tenuto de responder el demandado"; *Fuero de Soria*, 344. "Padre ni madre ni padrastro ni madrastra ni otro ninguno que ssea tenedor delos bienes que devieren partir algunos herederos, non sean tenidos de dar lo si non atodos los herederos en uno, salvo ende si alguno dellos fuere rebelle que por malicia non quisiere uenir ala particion con los otros herederos, osi alguno non fuere de hedat o non fuere en la tierra, que lo de aquellos que gelo demandieren, dando rrecabdo que finquen los otros herederos por quanto ellos rrescibieren; et que gelo de por escripto et por recabdo, de guysa que non pueda uenir en dubda".

152. *FRA III, De communi dividundo*, 1.247. "Si filius remanserit puerulus, et postea veniat at perfectam aetatem, et quaesierit partem de mobili, aut immobili sui patris: de his quae sunt in presentia habebit partem sui patris: et si filius dixerit, quod plus mater habet, potest habere unum iuramentum de sua matre: et si cabeçalarii volunt partire, possunt partire: et si abys partitur pro suis nepotibus, et acceperit partem filiorum actori-

La acción para exigir la partición de los bienes gananciales, que no fueron divididos al tiempo ordenado por la ley, no prescribe por el transcurso del tiempo. En el derecho territorial castellano el cónyuge sobreviviente no se exime de la obligación de partir invocando que han transcurrido treinta años. Solamente si se prueba que la partición ha sido realizada con anterioridad la acción no prosperará; sin embargo, es requisito necesario, para que la acción prospere, que la demanda haya sido incoada en vida del padre o madre sobreviviente del matrimonio del que los hijos piden partición de gananciales ¹⁵³.

Una fazaña castellana nos confirma lo arriba expuesto. Don Doarte de Burgos casó con la hija de don Roberto y del matrimonio nació un hijo, Joan Doarte. A la muerte de la mujer, don Doarte contrajo nuevo matrimonio con doña Milia. Posteriormente, Joan Doarte, hijo del primer matrimonio, demandó al padre partición de los bienes de la madre muerta. El padre intentó probar que la partición se había realizado. Antes de realizar la partición murió el padre, y el hijo repitió la demanda contra la madrastra. Esta, teniendo en cuenta que el hijo había demandado en vida del padre, le responde y queda, por tanto, obligada a dividir los bienes. La partición se efectúa de la siguiente forma: el hijo recibe las tres cuartas partes del mueble y del inmueble; el cuarto restante queda en poder de la madrastra. La solución es evidente, ya que al hijo le

zando, valebit et habebit stabilitatem..." (S. y P. I, 112 a); *Fuero de Estella*, 1.164, II, *De marit.* "... Si filius remanserit paruus, et postea peruenit ad perfectam etatem, et quesieri matri partem de illo honore, et de auere sui patris, de hoc quod erit present habebit partem in parte patris, et si filius dixerit: "plus habetis de meo patre, et mater dixerit; nom", filius potest inde habere una iura de sua matre, et si cabezaleros volunt partire, et auolus partit pro sui nepotibus, et dat fidancias et accepit filios auctorizando, ualebit, et habebit stabilitatem. Et quando uenerint ad partitionem debent filii partire, et pater et mater debent causire in omnibus hereditatibus..."; *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 19. "Marido et muyger villanos casados ensenble, si muere la muger creaturas oviendo de hedat, et es á saber, de VII aynos, estas criaturas luego pueden demandar suert de madre; et si creaturas no ovieren, los parientes pueden demandar et cobrar el dreyto de la muyllier. Si estas creaturas non ovieren hedat, tenga las creaturas el padre daqui á que hayan hedat las creaturas..."

153. *Libro de los Fueros de Castilla*, 143, y *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 9. Vid nota 135.

corresponde la mitad de los bienes por parte de la madre y la mitad del resto por muerte del padre ¹⁵⁴.

24. La comunidad puede cesar bien por el acuerdo de los coherederos —división voluntaria— o bien por obra de la autoridad judicial —división judicial— mediante el ejercicio por cualquier coheredero de la acción de partición.

Las fuentes medievales no regulan el supuesto de la división voluntaria. Parece ser, sin embargo, que se continúa, en el Fuero Real y en el Fuero de Ayala, la tradición visigoda del *Liber Iudiciorum* que exigía que la decisión de partir se tomase por mayoría entre los coherederos ¹⁵⁵. Las *Formulae* visigodas se orientan en el mismo sentido que el *Liber*, puesto que al referirse a la partición dicen de ella que ha sido realizada por los coherederos *convenientibus animis* ¹⁵⁶. El derecho visigodo está vinculado evidentemente

154. *Libro de los Fueros de Castilla*, 293. *Titulo de una fasannya de don Doarte Gunçales e de Johan Doarte su fijo e de dona Milia su ma-ãrastra*. "Esto es por fasannya: que don Doarte de Burgos caso con fija de don Roberto e fiso un fijo, Johan Doarte, e murió ella e el caso con donna Milia,, fija de Johan Mate. Et ende agrant tiempo demando el fijo partiçion al padre e dixo el padre que dado le auya partiçion e dixo el fijo que non e non pudo prouar que dado le auya partiçion; e murió don Doarte Guillen e demando Johan Doarte partiçion adona Milia e ouoli de dar partiçion, del mueble la meatað e dela heredat la meatað delo que fincaua la otra meatað; e finco dona Milia con las quatro partes del mueble e de la heredat que auya ganado con su marido"; *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 3.

155. *Lex Visigothorum*, 10, 1, 3 (*antiqua*). *Ut, quod a plurimis et melioribus in diuisione est constitutum, a paucis et deterioribus non liceat inmutari*. "Si plures iuerint in diuisione consortes, quod a multis vel melioribus iuste constitutum est, a paucis vel deterioribus non conuenit aliquatenus inmutari"; *Fuero Real*, 3, 4, 12. *Como debe valer la partición que ficieren los mejores herederos, aunque los menores contradigan*. "Si muchos herederos fueren en algunas cosas que se pudieren partir, é los unos quisieren partir, é los otros no, lo que los mejores ficieren partiendo vala: é no se pueda desfacer la partición por la menor partida, si non mostrare razón derecha porque no deba valer"; *Fuero de Ayala*, 83. "Si muchos fueren herederos en algunas cosas que se pueden partir, e los onos quisieren partir, é los otros non, lo que los mas, é los mejores hicieren partiendo vala, é non se pueda desfacer la particion por la menor partida, si non mostraren razon derecha porque (non) vala la partida".

156. *Formulae Visigoticae*, 33. *Cartula pactionis*. "Licet inter pacificas mentes definitio sola constet verborum, tamen pro memoria temporum testimonium adicitur literarum, quia nullatenus longi temporis spatium in ambi-

al romano en cuanto que en las fuentes de este derecho, en relación con la cuestión de la división voluntaria, se habla de *pactum divisionis* (D. 2, 14, I 35). El legislador visigodo ha concretado la forma de llegar a ese acuerdo de división.

A esta forma de partición aluden también los documentos y los formularios medievales. En un documento leonés de 1332 es posible apreciar cómo Diego Gómez de Raneros con su madre Teresa Arias y sus hermanos Ruy y Juana Gómez otorgan una escritura de partición de los bienes que dividieron entre sí "hermanilmientre"¹⁵⁷. También el acuerdo voluntario de dividir la herencia indivisa ha movido, en 1348, a los hijos y herederos de Juan Fernández de Escalante¹⁵⁸. En un modelo de escritura de partición de herencia recogido en el *Formularium Instrumentorum* se dice "abenedidamente e non por error ni por enganno nin por otra rason a'guna que partimos todas las cosas quel dicho fulano dexo...", con evi-

guitate transmittere poterit, quod velit nuper factum lectionis recursio ad memoriam reducit. Igitur dum inter nobis de paupertatula patris, vel matris, iugis intentio verteretur, convenientibus animis, contigit in portione illius hoc et illud, et in portione illius hoc et illud, quode ex hac die unicuique nostrorum quod contigit securus, Deo nitente, possideat, nec ulterius cuiuspian aliquam ex nobis molestiam alterna inferat controversia, sed quidquid unusquisque nostrum de sibi debitam portionem facere voluerit, habeat in omnibus liberam potestatem. Quod si forte aliquis ex nobis hunc divisionis nostrae factum disparare conabitur, sibi debitam portionem ante litis ingressum amittat, illorum iure pertinendam, qui huius voluntatis decreta servaverit. In quam rem, vi doloque secluso, stipulatione adnixa, suter manua nostras robore firmavimus et testibus pari voluntate pro firmatate subscribendum tradidimus. Factum divisionis libellum".

157. *Indice de documentos del Monasterio de Sahagún, 2062 (a. 1322)*. Carta de partición de bienes en Galleguiellos; cerca de San Pedro de las Duennas, otorgada por Diego Gómez de Raneros, escudero, con su madre Teresa Arias y sus hermanos Ruy y Juana Gómez, los cuales dividieron entre sí estos bienes *hermanilmientre e fesiemos dellos tres quinones*.

1588. *Cartulario de Santo Toribio de Liébana, 263 (a. 1348)*. Juan Fernández Calderón, con su mujer, Marina Fernández; Juan Gutiérrez, como tutor de su hijo Juan, y Gutier Roiz, con su mujer Juana Fernández; hijos y herederos de Juan Fernández de Escalante, proceden al reparto de la herencia de éste. A Gutier Roiz y Juana Fernández les "copó en parada y cayó por suerte las viñas de Cintrabol con varias otras pertenencias; a Juan Fernández Calderón, las viñas de Castrejón, las de Latas, varias casas y la deuda que tenían Juan Ibáñez; a Juan Gutiérrez, varias viñas y majuelos y tres casas en distintos sitios".

dente referencia a la decisión y acuerdo de los coherederos de disolver la comunidad mediante la partición¹⁵⁹. En Cataluña el supuesto de división voluntaria no ha sido objeto de formulación jurídica. En consecuencia son de aplicación en este punto los principios del Digesto, salvo en Lérida donde en primer lugar debe tenerse en cuenta la ley *antiqua* 10, 1, 3 del *Liber Iudiciorum*.

Cuando el acuerdo entre los coherederos para dividir los bienes no prospera, cualquiera de ellos está facultado para solicitar del juez que se realice la partición. De la persistencia de la *actio familiae heriscundae* en la época visigoda no tenemos noticias. Tampoco en el derecho postgótico. En los Fueros extensos comienza a perfilarse el derecho de cada coheredero a exigir de los demás la división de los bienes. En este sentido el Fuero de Cuenca: *particio fiat post mortem parentis, quando uni heredum placuerit*, y el que se negare a partir debe pagar una multa de diez monedas de oro al alcalde y al demandante por cada día que difiera la partición, siempre que la oposición a realizarla pueda probarse con testigos¹⁶⁰. El principio romano de que la comunidad hereditaria es una situación transitoria informa claramente las fuentes de la recepción romano-canónica. Tanto en Partidas como en el derecho catalán, ningún coheredero puede ser obligado a permanecer en la situación de comunidad, puesto que "cada uno de los herederos que ha

Formularium Instrumentorum, 38. *Confirmacion de partición de entre herederos*. "Sepan quantos esta carta vieren commo yo fulano muger que fui de fulano... y yo fulano fijo del dicho fulano e de vos la dicha fulana... otorgamos e connosçemos que esta carta que por rason que yo la dicha fulana e nos los dichos fulanos abenidamente e non por error nin por enganno nin por otra rason alguna que partimos todas las cosas quel dicho fulano dexo al tiempo de su finamiento las quelaes son estas que se siguen... e por quanto nosotros abenidamente partimos las dichas tales cosas e cada una dellas resçebimos cada uno de nos lo que le vino e cupo a la su parte en la manera que lo auia de auer o por esta rason la parte non paresçe e por quanto la dicha parte non paresçe renunciamos las leyes del derecho... e obligamos nos por nos mesmos e por todos nuestros bienes... de nunca yr contra ello...".

160. *Fuero de Cuenca*, 10,26. *Quod heredes diuidant cum alteri eorum placuerit*. "Particio fiat post mortem parentis, quando uni heredum placuerit. Siquis hoc facere noluerit, pectet cotidie decem aureos alcaldibus et quereloso, donec parciantur, si testibus hoc firmare potuerit"; *Fuero de Zorita de los Canes*, 210; *Fuero de Béjar*, 259; *Fuero de Plasencia*, 465; *Fuero de Teruel*, 441.

derecho de heredar los bienes del finado puede demandar a los otros que los partan entre sí”¹⁶¹. Pero hay algo que llama la atención desde este punto de vista en el Código de Tortosa: el derecho de los coherederos a exigir la partición de la herencia no puede ejercerse indefinidamente. En clara oposición al derecho romano se dispone que la acción de partición debe entablarse dentro de los treinta años; en caso contrario no se puede pedir judicialmente la división, que sólo podrá realizarse por acuerdo unánime de todos los coherederos¹⁶². Esta peculiaridad de las *Costums* de Tortosa debe circunscribirse al ámbito territorial de aplicación de este derecho, en cuanto que en el resto de Cataluña ha tenido vigor el principio romano de que las acciones divisorias no prescriben por el transcurso del tiempo, pero posiblemente revele la tendencia a una continuidad de la comunidad familiar en contra de una disolución del patrimonio doméstico por la partición. De otro lado, las fórmulas y los documentos nos confirman que la división judicial procede cuando entre los herederos no ha habido acuerdo para llevarla a cabo. Muy expresivo es, en este orden de cosas, el *Formularium Instrumentorum* que al recoger entre sus fórmulas una escritura de partición nos muestra cómo las partes acuden al juez para que disponga la partición, ya que “ellos buenamente no se podían egualar a fazer la dicha partición por quanto no lo sabían partir”¹⁶³.

161. *Partidas*, 6, 15, 2; *Código de Tortosa*, 3, 13, 9. “En compaynia, ne neguna cosa comuna, axi en heretat com en altres coses, nyyl hom no y pot ne y deu esser detengut a força, n'en pot esser forçat que sia en compaynia ab los altres, no en comunitat; mas si simplament entr'ells no volen partir, per sentència deuen partir, e deuen esser forçats de fer participacio entr'ells”; 3, 13, 12. “Cosa que sia comuna entre alguns, la un dels parçoners o pus, poden forçar los altres que venguen ab ells a parcio sens contrast que no y poden fer”.

162. *Código de Tortosa*, 3, 13, 15. “Les sobredites actions o demandes se prescriuen per espay de XXX ans; on si alguna cosa es comuna e per XXX ans estara en comu pacificament, de XXX ans aenant los uns no poden forçar los altres que venguen d'aquela cosa a parcio, ans ha a estar en comu, si donchs entr'ells no's nanauen que venguessen a parcio.”

163. *Formularium Instrumentorum*, 27. *Carta de partición de bienes entre herederos*. “Sepan quantos este publico instrumento vieren commo... en presençia de mi fulano escrivano... pareçieron presentes de la una parte fulano... e de la otra parte fulano... ñijos legitimos herederos... de fulano...: luego los sobre dichos dixeron que por quanto ellos auian de partir entre

En derecho romano, junto a la división voluntaria y a la judicial, se admitía también la división testamentaria. Concretamente, en la época justiniana, era posible que el testador dividiese la herencia entre sus descendientes, de tal forma que los bienes asignados a cada coheredero no entraban en la comunidad. El ascendiente, sin necesidad de forma testamentaria, puede dividir sus bienes entre los descendientes; se requiere, sin embargo, para la validez del acto, que la escritura fuese firmada por el mismo ascendiente o por todos los descendientes; claramente en la Nov. 18, 7 se dice: *vel sua manu subscribere vel ut liberi omnes... subscribunt*¹⁶⁴. La influencia del derecho justiniano en el derecho de Cuenca es evidente. La *divisio inter liberos* aparece regulada en el Fuero de Cuenca con las mismas características que en el derecho justiniano; *similiter illa divisio et particio sit stabilitis ac firma, quam parentes, siue sani siue infirmi heredibus suis fecerint, cunctis*

sy todos los bienes asy muebles commo rayses que auian quedado del dicho su padre e por quanto ellos buenamente no se podrían egualar a faser la dicha particion per quanto non lo sabian partir derecha e egualadamente commo deuia ser fecha, por ende dixeron que ellos que venian e vinieron por abenidos e se abinieron el uno con el otro de tomar por partidores para partir entrellos los dichos bienes a fulano e a fulano vesinos del dicho lugar..., ca ellos dixeren que querian e entendian estar por la particion quel ansy de los dichos bienes fisiesse e se contentar con ell con lo que a cada uno dellos copiese de los dichos bienes e la parte que lo asy non cumpliere e por la dicha particion estar nin quisiese que pechase e pagase a la orta parte tanto mill maravedis; e la pena pagada o non que en cabo e toda via e siempre fuese e finese firme e valedera la dicha particion...; para lo qual asy tener e guardar e cumplir e pagar la dicha pena sy en ella cayesen dixeron que obligauan e obligaron asy mesmos e a todos sus bienes muebles e rayses auidos e por auer e sy ansi non lo cumpliesen que dauan e dieron poder cumplido por este instrumento a qual quier alcalde o merino... ante quien este instrumento paresçiere... del gelo fisiesen... tener e guardar...; e sobre todo esto que dicho es rescibieron juramento del dicho partidor sobre la semal de la cruz e los santos euangelios en que puso la mano derecha que bien e lealmente syn arte e syn enganno a todo su poder iaria la dicha particion...; e esto asy fecho luego sobre el dicho partidor partio tales e tales cosas... de las quales copo por suerte e particion al dicho fulano la mytad fasta tal cabo e otrosy partieron tales e tales bienes e copo a cada una de las partes tal cosa e çétera...”

164. B. BIONDI, *Diritto creditario romano*, cit., p. 463.

*heredibus presentibus adque concedentibus*¹⁶⁵. La división testamentaria ha tenido aplicación en Cataluña con sus características justinianeas y está también prevista en las Partidas, debiendo ser aceptada, además, por los hijos¹⁶⁶.

25. El derecho medieval considera bienes indivisibles los siervos, las bestias, el horno, el molino, el lagar, los árboles y los castillos. En general, reciben ese tratamiento aquellos bienes que no se pueden partir sin menoscabar su valor o naturaleza, es decir, según el Fuero de Soria, “alguna cosa de consuuno que no se puede partir sin danno”.

Dos regulaciones distintas aparecen en el derecho medieval en relación con esta clase de bienes cuyo disfrute corresponde en común a todos los coherederos. Una, más antigua, deja subsistente la comunidad sobre esos bienes y establece un sistema para su aprovechamiento. Otra, más moderna e individualista, propia de las fuentes de la recepción y de aquellas otras en las que ya es posible hablar de cierta influencia romana, tiende a la disolución de la comunidad.

La primera aparece en el derecho territorial castellano, derecho aragonés y en el fuero navarro de Viguera y Val de Funes. En el supuesto que estudiamos, los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo establecen el arrendamiento de los bienes impartibles y la división de la renta entre todos los coherederos, en proporción al derecho de cada uno; en relación con los árboles se establece la división de los frutos entre los coherederos¹⁶⁷. La misma solución encontramos en la zona navarro-aragonesa; posiblemente sus fuentes, en

165. *Fuero de Cuenca*, 10, 9 y 10; *Fuero de Zorita de los Canes*, 193 y 194; *Fuero de Béjar*, 238, 239 y 240; *Fuero de Teruel*, 429 y 430.

166. *Partidas* 6, 15, 2 y 6, 1, 7.

167. *Libro de los Fueros de Castilla*, 281. *Título de como los herederos non deuen partir lagar nin molino nin forno, mas deuen partir la renta*. “Esto es por fuero: que lagar nin molino nin forno non se deue partir, mas deuen la renta cada anno como an la heredad. Et otrosy árbol que ayan ambos de mancomun non se deue partir, mas deuen partir el fruyto del arbol asy como cada uno a el arbol su parte; que sy el arbol quisiere el un heredero quel taissen e lo partiessen, los otros no lo deuen tair; que non serie derecho de partir asy el arbol e perderlos unos por los otros”; *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 11.

comparación con el sistema castellano, contengan un derecho más desarrollado, en cuanto que cada coheredero puede disponer libremente de la parte que en esos bienes le corresponde, con la obligación de especificar en la carta de venta la cuota que en la cosa indivisible le corresponde¹⁶⁸.

La segunda regulación a que nos referíamos se inicia en el Fuero de Soria y, más tarde, se recoge en el Fuero Real. En relación con estos bienes los herederos pueden acordar: su venta, la adjudicación a un coheredero mediante el sorteo o bien el arrendamiento y la partición de la renta. La adjudicación a un coheredero implica que los demás sean compensados con otros bienes o con dinero en proporción al valor estimado de las cosas adjudicadas. Como vemos, se tiende a la disolución de la comunidad y la venta de los bienes indivisibles o su adjudicación a uno de los coherederos son los medios indicados para conseguirlo. Pero se ha recogido también el arrendamiento de esos bienes, como procedimiento extremo caso de que la venta o la asignación no prosperen¹⁶⁹. El Fuero de Soria oscila entre el derecho anterior y los principios de la recepción romana. Posteriormente, en las fuentes en las que la recepción romano-canónica es ya un hecho evidente, el arrendamiento ha desaparecido y, en consecuencia, las Partidas, de acuerdo con el derecho romano (D. 4, 3, 22, 1; 55), facultan al juez para adjudicar a uno de los coherederos aquellas cosas cuya partición significaría una pérdida de su valor. En Cataluña, al no existir normas concretas que establezcan el régimen a seguir con respecto a los bienes indivisibles, se aplica el derecho romano y, por tanto, se adjudica la cosa a un coheredero y a otro su valor o se procede a la subasta de la cosa entre los coherederos o entre extraños y se divide el precio entre aquéllos. En Tortosa se dispone la subasta entre los coherederos de esos bienes y su asigna-

168. Vid. nota 36.

169. *Fuero de Soria*, 348. "Si algunos herederos o conpanneros ouieren alguna cosa de consuuno que non se pueda partir sin danno, assi como sieruo o asno o molino o lagar, non puedan costrenuir los unos a los otros que partan, mas abengansse de uender la a alguno dellos o a otro, o de sortear la entressi con apreçiamiento dotras cosas, si las ouieren, o de dineros; asi en esta guisa non se pudieren abenir, arrienden la et partan la renta estressi"; *Fuero Real*, 3, 4, 2.

ción al que de ellos ofrezca mayor precio; los otros coherederos deben ser compensados en proporción a su cuota hereditaria¹⁷⁰.

26. Para adjudicar a cada coheredero la parte concreta que le corresponde, la herencia se divide en suertes o porciones. El Fuero General de Navarra distingue entre suerte conocida y suerte de ventura; la primera es la parte de herencia que corresponde a cada heredero en partición rigurosa; la segunda es la que ha correspondido a un coheredero, una vez dividida la herencia en porciones, por el procedimiento del sorteo¹⁷¹. Parece ser que éste ha sido el procedimiento normal para la adjudicación concreta de cada una de las porciones en que la herencia se divide. Un documento del siglo XII de la zona navarro-aragonesa nos confirma el sistema: se trata de la partición del soto de Murillo de las Lianas entre el rey con los vecinos de Murillo de una parte, y la iglesia de Santa María de Tudela y el monasterio de Santa Cristina de Somport de otra; a través del documento vemos cómo la partición se hace *per sortes, sicut fratres partem suam hereditatem*¹⁷². Pero, en esta misma zona, el principio sufre excepciones: en la Novenera, cuando tiene lugar la partición entre el cónyuge

170. *Partidas* 6, 15, 10; *Código de Tortosa*, 3, 13, 10. "Algunes coses que son comunes entre alguns, si profitosament partir no's poden, axi com es, forn, bayns, moli de nau e de terra, leyus, barques, catiu, o catina, honor poca, casa o cases, e moltes d'altres coses que partir no's poden meyns de dampnatge de la cosa, o de la una part o d'abdues les parts a la vegada, deuen se encantar entr'ells, et aquel qui pus hi dara aquel deu auer la cosa, donant e pagant a cascu la part del preu que li pertayu".

171. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 14. "... si echaren suertes a ventura deven firmar las heredades que les daran las suertes los unos á los otros et si echaren suert conocida, tanto vale como de ventura..."

172. *Documentos navarro-aragoneses*, 4 (a. 1150-1194). "In Dei nomine. Hec est carta et memoria de illa partitione de illo soto de Murello, quod partierunt mandamento regis Sancii Navarre. Partierunt illo soto de Murello quem dicunt de Aliacira quanto erat pro pane sic: quod rex cum vicinis habuit medietatem et inter Sanctam Mariam et Sanctam Christinam habuerunt aliam medietatem, et fuit sic quod de illo sendero del cañar ad iusso remansit ad Sanctam Mariam cum Sancta Christina, et de parte superiori remansit regi et vicinis. Hec partitio facta fuit per sortes, sicuti fratres partent suam hereditatem, et placuit utrique parti, et fuit ibi talis conditio quod quantumcumque tulerit aqua, aut regi cum vicinis aut Sancte Marie et Sancte Christine, quod alis pars emendet quantum aqua tulerit.

sobreviviente y los herederos del premuerto, aquél escoge siempre sin someterse a echar suerte sobre las porciones en qué la herencia hubiera sido dividida ^{172 bis}; de igual forma el Fuero de Estella al disponer que el padre o la madre tienen facultad para elegir la porción que les parezca en la partición de bienes ¹⁷³.

En Castilla, de la carta de partición de bienes recogida en las Partidas se deduce el mismo procedimiento: la herencia se divide en tantas porciones cuantos herederos y la suerte determina su adjudicación a cada uno de ellos ¹⁷⁴. En el mismo sentido se orienta el *Formularium Instrumentorum*: “e esto asy fecho luego el sobre dicho partidor partio tales e tales cosas... de las quales copo por suerte e partiçion al dicho fulano...” ¹⁷⁵. Este procedimiento es el que se ha seguido en 1417 para dividir los bienes de Fernán Peláez de Oviedo entre sus hermanas, Mencía Fernández de la Rúa y Urraca Alvarez: “et esto asi mandamos que echen luego suertes... luego las dichas mençia ferrandez et orraca aluaerz echaron et echadas las dichas suertes cobo por suerte...” ¹⁷⁶.

Fuit partitor ex parte regis mandato Albofazani Luifet Abenpsat, et ex parte Sancte Marie et Sancte Christine frater Nicolau. Testes et visores Eneco de Murel, Petro Amado, Garcia Pastor, Petro de Sancta Christina qui iactavit illas illas sortes. De moros Mohamad Alfez, Abdela Alcambra, Eiza Pielo”.

172 bis. *Fueros de la Novenera*, 231. *De partición de padre o de madre con fillos*. “Todo ombre que padre o madre sea et detiene del uno et el otro parte con sus fillos et suert quieran ytar en casas o en pieças o en uinmas, en su fe estando el padre o la madre, de quoyal se pagare prenlá sen suert, bonos ombres partiendo o maestros”.

173. *Fuero de Estella*, 1164, II. “... Si filius remanserit parvus, et postea peruenerit ad perfectam etatem, et quesieri matri partem de illo honore, et de auere sui patris, de hoc quod erit presens habebit partem in parte patris, et si filius dixerit: “plus habetis de meo patre, et mater dixerit: non”, filius potest inde habere una iura de sua matre, et si cabezaleros uolunt partire, et auolus partit pro suis nepotibus, et dat fidancias et accepit filios auctorizando, ualebit, et habebit stabilitatem. Et quando uenerint ad particionem debent filii partire, et pateret mater debent causire in omnibus hereditatibus...”

174. *Partidas* 3, 18, 80.

175. Vid. nota 163.

176. *Colección diplomática del Ayuntamiento de Oviedo*, 147 (a 1417). “... las dichas, mençia, ferrandes et orraca aluares anbas en uno et de un acuerdo dixeron ante mi el dicho notario y testigos que por Rason que entre ellas anbas fuera auído pleito et contienda sobre rrason de las casas... que

La partición exige a veces que alguno de los coherederos sea mejorado en atención a la parte de herencia que le cupo en suerte. A este propósito, en el dercho territorial de Castilla, al regular la partición de las casas que tienen cámaras que dan sobre camino de concejo, que pasa junto a ellas, se concede al heredero obligado a acotar la parte de casas cercana al camino, bien por tocarle en suerte aquella parte o como carga que pese sobre él, como mejoría aquella parte de las cámaras que da sobre el camino¹⁷⁷. En la

foran et fincaron de fernan, pelaiz de ouiedo su hermano... en el qual dicho pleito dixeron que contendieran antelos juezes desta çibdat que del dicho pleito connoçieran. El qual dicho pleito dixeron que pasara esomesmo enla corte de nuestro señor el Rey ante çiertos alcalles... el qual dicho pleito dixeron que fuera puesto en mano de omes. bonos arbitros... conviene asaber en mano et en poder de... los quales... dixeron que... ouiesen et partisen de por medio entresi las dichas casas et... agora anbas las dichas partes dixeron que eran convenidos et avenidos... de nombrar et dar partidores... por que partisen et aveniesen et ygualasen entrellas las dichas casas... los quales partidores nombraron luego anbas las dichas partes de consouno conviene asaber... alos quales... dixeron que dauan et dieron todos su poder conplido para que ellos tres et de hun acuerdo podiesen partir... segund... queu fora mandado por los dichos... arbitros... et para facer la dicha partida... dieron... á los dichos partidores plaso conuenible conuien asaber deste dicho dia de oy martes fasta ocho dias primeros siguientes... et dixeron que otorgauan et otorgaron de estar et auer por firme et conplir et pagar la partida et manda que entrellas fose fecha por los sobredichos omes buenos partidores de las dichas casas ... dixeron que Renunçiauau et Renunçiaron et partian et partiron cada una dellas desy toda exepçion de forçia et de enganno et toda ley et todo fuere et derecho canónico et çeuil... et que qualquier delas dichas partes que fore... contra lo que por los dichos omes bonos fore partido et mandado... diese et pagase a la otra parte... dies mill maravedis de Real moneda por pena por sí et por todos sus bienes... Et depués desto... vinieron ende de presente los dichos (se refiere a los partidores)... et luego dixeron que eran conuenidos... todos tres de faser, manda et partida delas dichas casas enesta manera que se sigue... Et esto así mandamos que echen luego suertes... luego las dichas mençia ferraudez et orraca aluares echaron et echadas las dichas suertes cobo por suerte ala dicha mençia ferrandes los sonberados de delante con las partidas de suso dichas et con los dichos tres mil et sietecientos maravedis et cobo por suerte ala dicha orraca aluares... la quadra con sus partidas. Et luego las dichas... dixeron que consentian enlas dichas partidas...”

¹⁷⁷. *Libro de los Fueros de Castilla*, 69. *Título delas cosas que salen las almoxagas sobre la carrera e an los hermanos de partir*. “Esto es por fuero: que si unas cosas parten hermanos è cabo las casas a carrera de conçeio e de la camara al almoxaga de sobre la carrera e al partir que parten los echan

carta de partición de 1417, a la que antes nos hemos referido, se establece una compensación de tres mil setecientos maravedíes en beneficio del heredero al que corresponda determinada porción¹⁷⁸.

Debemos preguntarnos ahora quién hace la partición, es decir, quién forma los lotes o suertes en que se dividen los bienes. De las Fórmulas Visigodas se deduce que los partidores son los mismos coherederos¹⁷⁹. En el derecho de León, Castilla y Navarra los partidores pueden ser también terceros sin ninguna relación familiar. Así, en el Fuero de Coria¹⁸⁰. En los Fueros de Castilla, al tratar de la demanda incoada por Juan Giralte contra Gil Gunçález sobre partición de los bienes de doña Elvira de Logroño, vemos cómo las partes litigantes, después de apelar de la justicia de los alcaldes a la del rey, acuerdan poner los bienes en manos de cinco hombres amigos, comprometiéndose, mediante fiadores, a aceptar su decisión¹⁸¹. En la Novenera los partidores son hombres buenos o maestros¹⁸². La tradición visigoda—los herederos son los que llevan a cabo la partición—se continúa en el Fuero General, en territorio navarro, y en el Fuero de Soria y en el Fuero Real¹⁸³.

suertes assy commo es fuero, a aquel que cabe cabo la carrera deve auer meioria de aquello de aquella contia que sale de sobre la carrera"; *Fuero Viejo de Castilla*, 5, 3, 4. "Si ermanos parten viñas, o casas, e cerca las casas a y carrera de Conceio, e an camaña, o almojaba sobre la carrera, que sea encerrado aquello, que sale sobre la carrera, e al partir que parten los ermanos echan suertes así como es fuero, aquel a quien cayer la suerte de cercar la carrera, deve auer aquello, que sale so la carrera de mejoría de otra suerte cualquiera."

178. Vid. nota 176.

179. Vid. nota 156.

180. *Fuero de Coria*, 334. "Nengunos omes que heredad o otros averes de parientes partieren..."

181. *Libro de los Fueros de Castilla*, 206, *Título de la demanda que auya Johan Giralte con Gil Gunçáles dela partición de dona Eluyra de Logronno*. "Esto es por fuero: Que demando Diego Giralte adon Gil Gunçález partición de dona Eluyra de Logronno ante los Alcalles de Bilforado e sobre juytio que juzgaran los alcalles ersio se don Gil al infante don Alfonso; e vinieron ante don Pedro de Olmos, el adelantado del rey, e allí se abinieron e metieron lo en mano de amigo de cinco omnes. Et dieron se fiadores de quedar por quanto jugsassen estos cinco omnes".

182. Vid. nota 172.

183. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 13. "... Et si algunos de los hermanos ay fuera de la tierra, que non pueda ser, ni uviar á esta particion,

De la definición que las Partidas nos dan de partición se puede concluir que puede ser realizada por los interesados en la misma¹⁸⁴. Las fórmulas y los documentos son fiel reflejo de este derecho. En los formularios castellanos medievales la partición es llevada a cabo por unos terceros, los partidores, designados por las partes, los cuales deben jurar sobre los Évangeliós y la Cruz que cumplirán su misión sin fraude¹⁸⁵. No es ajeno a los formularios que la partición sea realizada por los mismos coherederos: el *Formula-rium Instrumentorum* recoge una carta de confirmación de la partición efectuada por aquéllos¹⁸⁶. De igual forma los documentos nos hacen ver que unas veces, como ocurre en 1332 y en 1348, son los mismos herederos los que parten los bienes indivisos, y otras, como en 1417, los partidores designados por los herederos y con poder bastante que éstos les conceden para realizar su función¹⁸⁷.

En la región navarro-aragonesa los bienes indivisos son partidos por los cabezaleros: *et si cabezaleros uolunt partire* (Fuero de Estella), "et fa algun del cabeçalers partidor de sa hereditat" (Fuero de Jaca), *et si cabeçalarii uolunt partiri, possunt partire* (Còmpila-

deven los hermanos partir pora si et pora él su part drechurerament et poner firmes et fiadores por si et por eylos los unos á los otros; et deven tener esta part de lur hermano quita sin embargo nenguno ayno et dia, et otrossi, lures partes..."; *Fuero de Soria (B)*, 345. "La particion que fizieren o recibieren los hermanos o los parientes por sí mismos et por sus hermanos o por sus parientes que non son de edad o que no son en la tierra o que por malicia e escusa de la particion de aquello que ha de heredar..."; *Fuero Real*, 3, 4-8. "La partición que ficieren los hermanos, o los parientes de aquéllos que heredan..."

184. *Partidas* 6, 15, 1.

185. *Formulaarium Instrumentorum*, 27 vid. nota 163; *Formulario Notarial Castellano del siglo XV*, 49. Nota de carta de partición. "..., e por los dichos partidores así fecha la dicha partición, los dichos fulanos e fulana e cada uno dellos por si e el dicho fulano en nombre del dicho fulano que consentía e consintieron en la dicha partición, e dixeron que la avian e ovieron por firme..., sobre lo qual renunciarnos e partimos nos las dichas partes, e cada uno de nos de nuestro favor e ayuda, e de las dichas partes, e de cada una dellas nuestro propio fuero e jurisdicción e domicilio, e el privilejo del..."

186. Vid. nota 159.

187. Vid. notas 157, 158 y 176.

ción aragonesa de 1247)¹⁸⁸. En la herencia testada es normal que la partición sea realizada por los ejecutores testamentarios designados por el causante¹⁸⁹. En la herencia intestada suponemos que la partición sería llevada a cabo por los mismos coherederos o por terceros. En un documento aragonés de 1126, relativo a la partición celebrada entre doña Oria y don Vital de una parte, y los señores de Santa Cristina de la otra, podemos ver cómo son los interesados en la partición los que la realizan: *partimus illas casas per medietatem*¹⁹⁰.

En Cataluña, de igual forma que en el derecho romano, la herencia se divide según las cuotas hereditarias de cada partícipe. En la formación de esas cuotas se debe tener en cuenta ciertos elementos que pueden significar un aumento o una disminución de las mismas, como el legado en favor de un coheredero. Deben respetarse las disposiciones del causante relativas a la división siempre que no dañen a la cuarta falcidia y, en general, se debe tomar en consideración el interés de cada coheredero: *iudicent in praediis dividendis quod omnibus utilissimum est... sequi convenit* (D. 4. 3. 21).

27. La partición necesita de ciertos requisitos para gozar de pleno valor jurídico. En el derecho visigodo, para conseguir ese efecto, bastaba que la partición hubiese sido hecha ante testigos

188. *Fuero de Estella* (1164), II, vid. nota 173; *Fuero de Jaca*, 59. *De qui fa a son cabeçaler partidor de ses bens*. "Si algun homne uen a hora de mort et fa deuïsa deuant cabeçalers, et fa algunò dels cabeçalers partidor de su hereditat, quant la uoldra partir si no y a testimonis non li ualdra, et que tengan foc et loc"; *FRA III, De communi dividundo*, 1247 vid. nota 152.

189. Cfr. P. MEREÀ, *Orígenes do executor testamentario*, en *Estudos de Direito hispânico medieval II* (Coimbra, 1953), p. 1 s.

190. *Documentos para la Reconquista del Valle del Ebro*, 318 (a. 1126). "... Hec est carta de particione quod fecerunt domna Oria et don Uital cum illos seniores de Sancta Cristina, de illa hereditate de Boleia quam laxauit ad nos et ad illos don Aner. Fecimus particionem de illa alode per laudamento de senior Eneco Fortuniones et de sua uxore; similiter de senior Sancio Neco de Orna et de illos becinos de Boleia. Partimus illas casas per medietatem, et de illo orto que se tener cum illa casa de Mores habent illos seniores de Sancta Christina duas partes et nos terciam partem... Et de ista particione damus fidancias...

idóneos, sin ser necesario que se hiciese constar en escritura¹⁹¹. Este derecho se continúa, más tarde, en los fueros surleoneses, derecho territorial castellano, Fueros de Soria y Real y en Cataluña en el Código de Tortosa. En el Fuero de Coria la partición se ha de realizar ante fieles o ante parientes o también ante vecinos, según los fueros de Usagre y de Cáceres. En una fazaña castellana, recogida en el Libro de los Fueros de Castilla, se admite como eficaz la partición efectuada ante testigos; se establece además—y éste parece ser el sentido de la fazaña—un principio acerca de la idoneidad de los testigos: a quien no sea de la villa no se le puede probar con testigos vecinos de la misma¹⁹². En el Código

191. *Lex Visigothorum*, 10, 1, 2 (antigua). *De non revocanda divisione inter fratres, etiam si sine scriptura sit facta, solum si idoneo teste convincat*. "Divisione factam inter fratres, etiam si sine scriptura inter eos convenerit, permanere iubemus, dummodo a testibus idoneis comprobetur, et divisio ipsa plenam habeat firmitatem".

192. *Fuero de Coria*, 334. *Qui heredad partiere*. "Nengunos omes que heredad o otros averes de parientes partieren, partan delante fieles o delante parientes. E. si ansi non fizeren, non preste su partición"; *C. F. Alfaiates*, 340; *C. F. Castel-Rodrigo*, 5, 31; *C. F. Castello-Melhor*, 5, 34 y *C. F. Castello-Bom*, 333; *Fuero de Usagre*, 336. "...partan delante fieles o delante parientes, o delante uezinos"; *Fuero Cáceres*, 317; *Libro de los Fueros de Castilla*, 210. *Título de una fassannia de dona Bosenda e de sus hijos*. "Esto es por fassannya de dona Bosenda, muger de don Gunçalo Marin: partición con sus hijos e con sus hermanos. Et tomaron partición todos. Et Ferrant Yuannes su hermano non queria otorgar la partición que auya presa. Et era fecha la partición ante muchos omnes de Bilforado. Et disian los alcalles de Burgos don García Yuannes e don Ordonno e otros omnes buenos de Burgos que non era fuero e que non podria prouar el de Bilforado con omnes de Bilforado nin omnes de Burgos con omnes de Burgos al de fuera. Et ouo de rogar donna Bosenda e Ferrant Yuannes quel otorgasse la partición ante omnes de Burgos don Guillen de Sant Gil et su fijo Johan García e Ferrant Pellecla e García Perez fijo de donna Nauerra e Ferrant Martinez fijo de Domingo Bueno en la Villa omesida"; *Fuero de Soria*, 345. "La partición que fizieren o rreçibieren los hermanos et los parientes por si mismos et por sus parientes que non son de hedat o que non son en la tierra o que por malicia se escusen de la partición daquello que hereda, non ssea dessecho, maguer non aya y escripto, si pudiere seer prouado por buenas testimonias..."; *Fuero Real*, 3, 4, 8. *Como la división fecha entre los herederos vale, aunque no haya escriptura, é no se puede desfacer*. "La partición que ficieren los hermanos, o los parientes de aquellos que heredan, no sea despues desfecha por singuna manera: maguer no haya y escripto, é pudiere

de Tortosa no es necesaria, la escritura pública para que la partición goce de validez: basta cualquier otro medio de prueba legal¹⁹³.

Un criterio distinto informa en este orden de cosas el derecho de Cuenca, puesto que para la validez de la partición se requiere: primero, que sea hecha ante tres vecinos; segundo, que del acto se redacte la correspondiente escritura; tercero, que tanto la partición como el nombre de los testigos se hagan constar en la carta¹⁹⁴.

En la zona navarro-aragonesa encontramos varias soluciones al problema: la partición es válida cuando es realizada ante testigos que tengan "foc et loc" —es la solución del Fuero de Jaca cuando son los cabezaleros los que parten los bienes¹⁹⁵; la partición es plenamente válida cuando es garantizada con fianzas antes de que se realice o bien si de la misma se redacta la correspondiente escritura— solución del derecho territorial aragonés y del navarro¹⁹⁶. Precisamente en un documento del Valle del Ebro referente a la partición de una viña, podemos ver como las partes dan fianzas para

ser probado por testimonias: y esto debe de ser de los que son de edad cumplida: ca si por aventura alguno de aquellos que parten, o resciben parte, no fuere de edad, maguer sea fecha la particion, quando fuere de edad, si algun engano fallare en la particion, bien la puede desfacer si quisiere".

193. *Código de Tortosa*, 3, 13, 4. "Particio que sia feyta entre alguns, aytant val ab cartes com meyns de cartes, si's pot prouar leyalment que feyta sia".

194. *Fuero de Cuenca*, 10, 9. *De partitione parentum et filiorum*. "Omnia partitio que coram tribus uicinis facta fuerit, et in scriptis redacta, rata habeatur; si tam particio, quam nomina testium fuerint in cautione, quatinus si aliquis testium mortuus fuerit, siue omnes, iuret cum duobus uicinis cautionem illam esse ueram, et sit creditus, si aliquis hereditancium partitionem negauerit. Similiter illa diuisio et particio sit stabilis ac firma quam parentes, siue sani siue infirmi heredibus suis fecerint, cunctis heredibus presentibus adque concedentibus; quia aliter comparticio non ualet a parente facta..."; Cfr. nota 165.

195. *Fuero de Jaca*, 59. *De qui fa a son cabeçaler partidor ses benes*. "Si algun homme uen a hora de mort et fa deuisa deuant cabeçalers, et fa algun dels cabeçalers partidor de sa hereditat, quant la uoldra partir si no y a testimonis non li ualdrá, et que tengan foc et loc".

196. *FRA III, De communi dividundo*, 1247. "De partitione inter germanos et sorores, si antequam dividant non fuerit firmata ipsa partitio per fiantias, bene possunt se inde extrahere, usque ad tertiam vicem. Sed si fuerit partitio facta cum carta: tunc abundat". (S. y P. I, 112 a); *Tilander*, 170;

someterse y estar a las resultas de la partición¹⁹⁷. La consecuencia de que la partición no sea garantizada con fianzas o con escritura es que puede ser repetida hasta tres veces. Sin embargo, en Aragón, de acuerdo con las Observancias, deberá entenderse que la partición es inmutable, aunque no hubiese sido garantizada como se dispone en los Fueros, si uno de los hermanos coherederos hubiese muerto o hubiese transcurrido diez años desde que fué realizada sin oposición por parte de ningún coheredero¹⁹⁸.

La partición entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del premuerto exige por su validez la asistencia de los herederos y los parientes más cercanos de la línea de donde proceden los bienes¹⁹⁹;

Fuero General de Navarra, 2, 4, 14. "De partición de hermanos ata tres vezes se pueden tornar a particion, si ante non se firman que sean pora iamas en la primera particion que primero farán. Et si las heredades fueren en doblados logares, o en dobladas vezindades, bien pueden partir soviendo en una heredad; mas es mester que vayan á firmar á las vezindades o las heredades son. Et el ferme que sea vezino de la villa, et el fiador si ser puede, et los testigos, et si no el fiador sea de las villas fazeras; un testigo sea de la villa si aver podiere, et si non sean de la villas fazeras. Et si en la villa non podiessen aver ferme, iurando de no, aya de las villas fazeras, et quando echan las suertes, si echan fiadores que sean en aqueyllas suertes o fermes, la primera suert valdrá pora siempre iamas, et si carta íazen, tanto valdrá o más".

197. *Documentos para la Reconquista del Valle del Ebro*, 368. "...Hec est memoria de illo campo que fuit de Sanxo Sangit et de sua mulier Oro Tota. Comparauit illo campo Martin et sua mulier Sanxa, et Bonet de Barbastro et sua mulier Ponça, et plantaureunt illo campo et facerunt uinea in uno, et postea partirunt illa uinea inter Martin et don Bonet. Et presit Mariu contra illo orto de iudeo Abin Pesse, et pressit don Bonet contra illo orto de iudeo Abin Donat. Et dederunt fidanças quod stasen in ista particione de parte don Martin Per de Barbastro. De parte don Bonet, don Roman, Testes sunt uisores y auditores: Domingo de Asin...".

198. *ORA III, De consortibus eiusdem rei*, 4 y 10 (S. y P. II, 25 b y 26 a).

199. *Fuero de Soria (B)*, 352. "Toda partición que el padre o la madre fiziere con sus fijos ante los parientes que sus fijos ouieren de la otra parte donde heredaren la rayz que les uino del padre finado o de la madre finada, uala, los herederos estando delante et otorgando et conociendolo; et si los herederos non fueren de edad, parta el padre o la madre que fincare bitua con sus parientes los mas cercanos que fueren de aquel auolengo mismo donde uiene la rayz, et uala tal partición como esta, saluo si los fijos que no fueren de edat fallaren que aquellos que reçibieron o fizieron la particion por ellos les fizieron algun enganno, segund dicho es. Esto mismo sea de la particion que fizieren los auuelos con los nietos o los tyos con los sobrinos."

en Aragón, además, escritura, fianzas y testigos²⁰⁰; en conexión el Fuero General de Navarra ordena que los hijos de la primera mujer den "ferme" al padre de que no le demandarán más por razón de partición de los bienes de la madre fallecida²⁰¹. En el supuesto de que los herederos sean menores de edad, la intervención de los parientes (Fuero de Soria), del abuelo (Código de Huesca)²⁰², del pariente de más edad y más cercano (Fuero General)²⁰³ o del abuelo o dos parientes, los más cercanos (Fuero de Viguera y Val de Funes)²⁰⁴ otorga validez a la partición.

28. Realizada la partición con los requisitos exigidos por la ley es firme y válida. Sin embargo la partición, en determinados supuestos, puede ser impugnada. En este sentido, cualquier coheredero menor de edad al tiempo de la partición o que no asistió a ella puede impugnarla siempre que le sea posible probar que se obró con engaño, único caso en que se le reconoce tal facultad²⁰⁵. Si la impugnación prospera sus efectos son los que muy expresivamente aparecen en el Fuero General de Navarra: "devese todo volver et partir de cabo"²⁰⁶.

200. Vid. nota 112.

201. *Fuero General de Navarra*, 4, 2, 3. "... Prendiendo la suert de la madre los fillos den ferme al padre que non demanden heredat ninguna en voz de lur madre..."

202. *FRA III, De communi dividundo*, 1247 vid. nota 152.

203. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 20. "... Et si los sobrinos non firman por si non vale la partición, si son de hedat; et si non son de hedat, el parient mayor et el mas zercano puede firmar por eylos con bonos fiadores de cotos que lis faga firmar quoando fueren de hedat..."

204. *Fuero de Viguera y Val de Funes*, 397. *Particion de fijos con padre*. "Et si los fijos ovieren partir con el padre o la madre e non ovieren edat, su aguelo o sus dos parientes, mas cercanos de su parte reconociendoles por fijos daquel padre o daquela madre, pueden firmar con otorgamiento, e la partición valdrá."

205. *Fuero de Soria (B)*, 345. "... Mas si alguno de aquellos que non eran de edat o non eran en la tierra o non fueron en la particion escudandose maliciosa mientre, fallare que sus hermanos o sus parientes —aquellos que fizieron la particion o la recibieron por ellos— le fizieron enganno alguno en la particion, et lo pudieren prouar por essas mismas pruevas que se acertaron en la particion o por otras buenas testimonias, puedala desfazer. Et si elenganno non pudiere prouar, que tenga et uala la particion assi como la ellos fizieron"; *Fuero Real*, 3, 4, 8, vid. nota 192; *Partidas*, 3, 25, 2 y 3;

29. La violación de la partición es considerada, normalmente, como un acto delictivo que atenta contra la propiedad particular de cada coheredero. En el derecho romano (C. Th. 2, 26, 2) y en el derecho visigodo cuando alguno de los coherederos infringe la partición tomando algo de lo que a los otros coherederos hubiese correspondido es castigado a perder tanto de lo suyo como tomase de lo ajeno²⁰⁷. El derecho romano-visigodo se aplica en Cataluña e informa claramente el Fuero de Soria y el Fuero Real, y en las Partidas, la desobediencia al juez que ha establecido las bases de la partición se castiga con una multa²⁰⁸.

De forma parecida en la Novenera, el hecho de colocar mojones, que señalen la parte que en la división de una heredad ha correspondido a cada hermano, es señal de que la partición gozaba de pleno valor jurídico. El destrozo de algún mojón por cualquiera de los hermanos determina el pago de una calaña: cinco sueldos por cada mojón arrancado²⁰⁹.

Los documentos reflejan un derecho acorde con lo expuesto. En ellos se contienen cláusulas prohibitivas de impugnar o violar la partición, que tienden a garantizar la estabilidad de la misma. Las Fórmulas visigodas en relación con la *antiqua* 10, 1, 5 sancionan al autor de la violación con la pérdida de los bienes que le correspondieron

Código de Tortosa, 3, 13, 8. "Feyta una vegada particio entre cohereus o altres persones retractar no's pot, si donchs entr'ells no's n'atuenien qu'es retractas, o tan manifest engan no y auia, per qu'es degues retractar, al qual no aguessen renunçiat."

206. *Fuero General de Navarra*, 2, 4, 13. "... Et si por aventura aqueyll lur hermano viene antes de ayno et dia, et non se tiene por pagado desta particion, dévese todo bolver et partir de cabo..."

207. *Lex Visigothorum*, 10, 1, 5 (*antiqua*): "Qui placitum divisionis inruperit et quamlibet partem alene portionis invaserit, tantum de suo, quantum de alieno amittat."

208. *Fuero de Soria*, 353. "Despues que la partición derecha mientre fuefe fecha entre los herederos, si alguno dellos la quebrantare et la parte del otro entrare, tanto pierda de lo suyo quanto tomare de lo ageno"; *Fuero Real* 3, 4, 13; *Partidas* 6, 15, 10.

209. *Fueros de la Novenera*, 74. *De partición de hermanos*. "De hermano que trayan partir heredat ninguna que sea de patrimonio, si mugas fincan, aqueillas son testimonias, et si alguno d'estos las ranca et si l'otro li puede prouar con dos hermanos o con hombres dos, por cada muga que ranque deue peytar V sueldos de calaña, esto es por heredat de patrimonio."

- en la partición en beneficio de aquel que observó lo pactado²¹⁰. En el *Formularium Instrumentorum* y en el Notarial del siglo xv las partes se comprometen a tener por firme la partición bajo una pena, cuyo cumplimiento se garantiza con todos los bienes, muebles e inmuebles, del autor de la violación o de la impugnación²¹¹; concretamente en la carta de partición recogida en la Colección diplomática del Ayuntamiento de Oviedo, el compromiso de no violar la partición obliga bajo la pena de diez mil maravedíes²¹².

JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN

210. Vid. nota 156.

211. Vid. notas 163 y 185.

212. Vid. nota 176.